

Sygn. akt: KIO/UZP 621/09

KIO/UZP 622/09

WYROK
z dnia 4 czerwca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Renata Tubisz
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 maja 2009r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Pöyry Infra GmbH, Poyry Infra Sp. z o.o., Viaponte – Projectos e Consultoria de Engenharia S.A., 79-541 Lorrach, Röttelnweiler 22, Alte Vogtei (sygn. akt KIO/UZP 621/09)

B. Konsorcjum: DB International GmbH, Italferr S.p.A., Ineco Ingenieria y Economia del Transporte S.A., 10-365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75 (sygn. akt KIO/UZP 622/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestów:

A. Konsorcjum: Pöyry Infra GmbH, Poyry Infra Sp. z o.o., Viaponte – Projectos e Consultoria de Engenharia S.A., 79-541 Lorrach, Röttelnweiler 22, Alte Vogtei z dnia 16 kwietnia 2009r.

B. Konsorcjum: DB International GmbH, Italferr S.p.A., Ineco Ingenieria y Economia del Transporte S.A., 10-365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75 z dnia 20 kwietnia 2009r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Sener Sp. z o.o., Sener Ingenieria y Sistemas S.A., CBPBBK „Kolprojekt” Sp. z o.o., Egis Poland Sp. z o.o., Egis Rail S.A., 00-517 Warszawa, ul. Marszałkowska 76** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt: KIO/UZP 621/09, KIO/UZP 622/09).

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wniesione przez Konsorcjum: Pöyry Infra GmbH, Poyry Infra Sp. z o.o., Viaponte – Projectos e Consultoria de Engenharia S.A., 79-541 Lorrach, Röttelnweiler 22, Alte Vogtei i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania, wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w Pzp, w zakresie wynikającym z uzasadnienia orzeczenia oraz powtórzenie badania i oceny wniosku Odwołującego się (sygn. akt KIO/UZP 621/09).

2. Oddala odwołanie wniesione przez DB International GmbH, Italferr S.p.A., Ineco Ingenieria y Economia del Transporte S.A., 10-365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75 o sygn. akt KIO/UZP 622/09 (sygn. akt KIO/UZP 622/09).

3. Kosztami postępowania obciąża:

A. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 621/09

B. Konsorcjum: DB International GmbH, Italferr S.p.A., Ineco Ingenieria y Economia del Transporte S.A., 10-365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75 w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 622/09

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Pöyry Infra GmbH, Poyry Infra Sp. z o.o., Viaponte –**

Projectos e Consultoria de Engenharia S.A., 79-541 Lorrach, Röttelweiler 22, Alte Vogtei,

- B** koszty w wysokości 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: DB International GmbH, Italferr S.p.A., Ineco Ingenieria y Economia del Transporte S.A., 10-365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Konsorcjum: Pöyry Infra GmbH, Poyry Infra Sp. z o.o., Viaponte – Projectos e Consultoria de Engenharia S.A., 79-541 Lorrach, Röttelweiler 22, Alte Vogtei** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- B** kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: DB International GmbH, Italferr S.p.A., Ineco Ingenieria y Economia del Transporte S.A., 10-365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 526 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 12 813 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy osiemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Pöyry Infra GmbH, Poyry Infra Sp. z o.o., Viaponte – Projectos e Consultoria de Engenharia S.A., 79-541 Lorrach, Röttelweiler 22, Alte Vogtei**
- B** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: DB International GmbH, Italferr S.p.A., Ineco Ingenieria y Economia del Transporte S.A., 10-365 Berlin, Niemcy, Bornitzstrasse 73-75**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „opracowanie Studium Wykonalności dla budowy linii kolejowej dużych prędkości Wrocław/Poznań – Łódź - Warszawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 grudnia 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2008/S 239-318298.

A. Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 621/09.

W dniu 16 kwietnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia z postępowania Odwołującego się i odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3, art. 60d ust. 1, art. 48 ust. 2 w zw. z art. 60c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), dalej ustawa Pzp, art. 25 ustawy oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), dalej Rozporządzenie i wnosząc o unieważnienie czynności: oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i przyznania ocen za spełnianie warunków, wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu i powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie warunków.

Odwołujący się wyjaśnia, iż przyczyną wykluczenia Odwołującego się było niespełnienie wymagań przez: 1) Koordynatora Projektu, ze względu na nieposiadanie 3-letniego doświadczenia w kierowaniu zespołem, 2) Koordynatora ds. sieci i instalacji, ze względu na niespełnienie wymagań, z uwagi na brak informacji o kierowaniu zespołem, który wykonał studium wykonalności, 3) Koordynatora ds. eksploatacji - ze względu na brak doświadczenia w kierowaniu zespołem eksploatacji linii dużych prędkości. W opinii Odwołującego się stanowisko Zamawiającego jest błędne z następujących przyczyn:

Ad. 1) Koordynator projektu.

W Ogłoszeniu Zamawiający wskazał na następujące wymagania odnośnie Koordynatora projektu: "Wykształcenie wyższe, co najmniej 3-letnie doświadczenie w kierowaniu zespołem ekspertów przygotowujących studium wykonalności dla projektów budowy nowych linii kolejowych dużych prędkości dla $V \geq 250$ km/h, w tym zrealizowanie, co

najmniej jednego opracowania studium wykonalności dla Projektu, który został zakończony i odebrany przez zlecających." Przedstawiony przez Odwołującego się Koordynator spełnia te wymagania nadmiarowo.

We wniosku Odwołujący się wskazał inwestycje, w których p. Hermann G. kierował zespołem ekspertów przygotowujących studium wykonalności dla linii dużych prędkości. W okresie od sierpnia 2004 r. do stycznia 2005 r. proponowany Koordynator był kierownikiem projektu budowy odcinka szybkiego ruchu Lizbona-Porto, odcinek C1 (inwestycja wykazana w pkt 1 Wykazu zrealizowanych zamówień). W przedmiotowym Wykazie wyraźnie wskazano, że prace przy tym projekcie objęły m. in. wykonanie studium wykonalności oraz projekt wstępny. Ponadto w opisie doświadczenia zawodowego stwierdzono, że obejmuje ono wykonanie "technicznego studium trasy".

Odnosząc się do budowy odcinka szybkiego ruchu Kolonia - Ren/Men, zawartego w opisie doświadczenia zawodowego, Odwołujący się podnosi, że jest to inwestycja wyszczególniona w pkt 2 Wykazu zrealizowanych zamówień, gdzie wyraźnie wskazano na realizację studium wykonalności. Inwestycja realizowana była w latach 1990-2008.

Dodatkowo, proponowany Koordynator w latach 1990-1997 kierował przedsięwzięciem dotyczącym budowy odcinka 31 (Limburg -Bad Camberg). W tym okresie m.in. przeprowadzono: proces zagospodarowania przestrzennego, planowanie wstępne, proces projektowania i szereg innych czynności (wynikających również z referencji), składających się na opracowanie studium wykonalności. Już te dwa przedsięwzięcia wskazują na spełnienie wymagań Zamawiającego w odniesieniu do doświadczenia zawodowego Koordynatora. Niemniej, Odwołujący się dodaje, że w okresie od stycznia 1999 r. do grudnia 2000 r. ww. kierował zespołem przygotowującym studium wykonalności dla odcinka szybkiego ruchu Bangkok-Pak Tho Railway Project. Nadto, w latach 1980 -1992 kierował projektowaniem i budową odcinka szybkiego ruchu Hannover-Würzburg. Dla każdego z kolejnych odcinków tej inwestycji (obszar środkowy, północny, tunele) przygotowane były studia wykonalności w ramach projektów.

Ad. 2) Koordynator ds. sieci i instalacji.

W Ogłoszeniu Zamawiający wskazał następujące wymagania: "Wykształcenie wyższe, doświadczenie w ciągu ostatnich 10 lat, w kierowaniu zespołem, który opracował studium wykonalności dla projektów budowy linii kolejowych dużych prędkości dla $V \geq 250$ km/h w części dotyczącej: kolejowych sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, elektromagnetycznych i elektrotrakcyjnych". Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający nie określił okresu trwania, ani liczby zrealizowanych studiów wykonalności, co oznacza, że jednokrotne kierowanie zespołem, który przygotował studium wykonalności czyni zadość wymaganiom Zamawiającego.

Odnosząc się do doświadczenia zawodowego p. Stefana K., Odwołujący się stwierdza, że pełnił on funkcje m.in. inżyniera projektu w branży sieci i instalacji elektrycznych, elektromagnetycznych i elektrotrakcyjnych przy planowaniu i realizacji projektu "podstawowy tunel św. Gotharda." W opisie doświadczenia zawodowego wyraźnie wskazano, że proponowany koordynator był odpowiedzialny za przygotowanie oferty w zakresie RAMS, LCC i sieci trakcyjnych. Dokonując powyższego opisu posłużono się powszechnie znanymi w branży budowlanej pojęciami, których rozumienie nie powinno nastręczać trudności. Po pierwsze, p. Stefan K. był inżynierem projektu. Jest to pojęcie nie zdefiniowane w prawie, w związku z czym należy dokonywać wykładni jego znaczenia z uwzględnieniem reguł języka fachowego. Pojęcie inżynier projektu (kontraktu) opisane jest w procedurach FIDIC (Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils). Najbardziej znanym i reprezentatywnym przykładem dorobku tej federacji są "Warunki kontraktowe dla robót inżyniersko budowlanych", tzw. "Czerwona Książka" FIDIC. Są one stosowane przede wszystkim przy robotach inżyniersko-budowlanych do zawierania umów w drodze przetargów (ale także w innym trybie), zarówno międzynarodowych, jak i krajowych. Warunki są podstawą do zawierania umów finansowanych przez Bank Światowy i PHARE. Z zasad tych wynika jednoznacznie, że do zakresu obowiązków inżyniera projektu należą kwestie związane z kierowaniem, nadzorem, a nawet rozliczaniem inwestycji.

Odwołujący się wyjaśnia, iż analiza RAMS (reliability, availability, maintainability and safety), obejmuje kwestie niezawodności, dostępności, możliwości wykonania i bezpieczeństwa planowanej inwestycji. Natomiast analiza LCC (life cycle costs) odnosi się do optymalizacji kosztów w aspekcie trwałości wyposażenia i urządzeń.

W związku z powyższymi ustaleniami nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego, że p. Stefan K. kierował zespołem przygotowującym studium wykonalności dla projektów budowy linii kolejowych dużych prędkości dla $V \geq 250$ km/h, w części dotyczącej: kolejowych sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, elektromagnetycznych i elektrotrakcyjnych.

Ponadto Odwołujący się podnosi, iż ww. Koordynator kierował zespołem przy projektowaniu włączenia trasy szybkiego ruchu na odcinku Kolonia -Ren/Men na dworcu Kolonia -Deutz, a także przy inwestycjach Transrapid - Monachium i Porto - Lizbona.

Odnosząc się do doświadczenia zawodowego p. Waltera Bogansky, Odwołujący się stwierdza, że pełnił on funkcję m.in. inżyniera projektu w branży sieci i instalacji elektrycznych, elektromagnetycznych i elektrotrakcyjnych przy planowaniu i realizacji projektu "podstawowy tunel św. Gotharda." W opisie doświadczenia zawodowego wyraźnie wskazano, że proponowany Koordynator był odpowiedzialny za przygotowanie oferty w zakresie RAMS, LCC i sieci trakcyjnych. W powyższym zakresie Odwołujący się podtrzymuje argumentację przytoczoną wyżej.

Dodatkowo Odwołujący się zaznacza, że inwestycja Lizbona - Porto, odcinek C1, jest wyszczególniona w wykazie zrealizowanych zamówień pod nr 1. Opisując powyższe zadanie wyraźnie wskazano na przygotowanie studium wykonalności, projektu wstępnego oraz "konceptu i projektu dla sieci trakcyjnej i prądu kolejowego." Pan Walter B. pracował przy tej inwestycji w okresie od stycznia 2004 r. do stycznia 2005 r., jako kierownik projektu w branży sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych. W opisie jego doświadczenia zawodowego wyraźnie wskazano, że pod jego kierownictwem opracowywano "projekt elektryfikacji odcinka C1" oraz "techniczne studium trasy".

Odnosząc się do inwestycji Kolonia – Ren/Men, w której brał udział ww. w latach 1999-2002 i 1996-2002, Odwołujący się stwierdza, że jest to inwestycja opisana w pkt 2 Wykazu zrealizowanych zamówień, która obejmowała przygotowanie studium wykonalności i planowanie projektu wstępnego.

Ad. 3) Koordynator ds. eksploatacji linii dużych prędkości.

W Ogłoszeniu Zamawiający wskazał na następujące wymagania: "wykształcenie wyższe - doświadczenie, przez co najmniej 2 lata łącznie, w ciągu ostatnich 10 lat, w kierowaniu zespołem dużych prędkości".

Pan Martin W. w okresie od stycznia 2008 r. do listopada 2008 r. był głównym planistą sterowania ruchem pociągów dla inwestycji Mecheria – El Bayadah. Wykładnia pojęcia „główny specjalista” oraz „sterowanie ruchem pociągów” nie powinna budzić wątpliwości. Z pojęciem „główny specjalista” związane jest kierowanie zespołem ludzi – trudno sobie wyobrazić, aby funkcja ta, w odniesieniu do tak dużej inwestycji, mogła być wykonywana jednoosobowo. Z kolei „sterowanie ruchem pociągów” na linii wysokiej prędkości jest tożsame z „eksploatacją linii dużej prędkości”. Różnice mają sens jedynie gramatyczny – nie zaś znaczeniowy.

Następnie, w okresie od sierpnia 2004 r. do stycznia 2005 r., p. Martin Will był specjalistą ds. taboru i elektryfikacji w trakcie inwestycji Lizbona – Porto. Podobnie, jak w odniesieniu do pojęcia „główny specjalista” nie można odnosić siatki pojęciowej stosowanej w polskiej administracji publicznej, gdzie stanowisko „specjalisty” jest stanowiskiem niesamodzielnym i niezwiązanym, z kierowaniem zespołem. Pan Marin W. kierował więc zespołem w zakresie taboru i elektryfikacji, co należy utożsamiać z pracami związanymi z eksploatacją linii dużych prędkości (nie ulega wątpliwości, że kwestie taboru kolejowego są związane z eksploatacją linii kolejowych).

Ponadto wskazano, że w latach 2004-2008 proponowany Koordynator pracował jako inżynier projektu i specjalista ds. taboru kolejowego w szeregu różnych przedsięwzięciach, np. w okresie od lutego 2005 r. do grudnia 2005 r., na zlecenie zarządu kolei w Zhengzhou w Chinach, badał kwestie dopuszczeń dla liny nośnej kolei wysokiej prędkości, ponadto badał potencjalne konsekwencje wykolejenia pociągów regionalnych i szybkich, w wyniku działań

przestępczych, procedury konserwacji trakcji oraz szereg innych, wymienionych w opisie, problemów eksploatacyjnych związanych z taborem i liniami kolejowymi.

Sumując okresy realizacji zadań Mecheria – El Bayadah i Lizbona – Porto uzyska się 17-miesięczny okres doświadczenia. Przyjmując nawet, że nie wszystkie z prac realizowanych w latach 2004 do 2008 można zakwalifikować, jako spełniające wymagania Zamawiającego, zadanie realizowane na zlecenie zarządu kolei w Zhengzhou, zaowocowało doświadczeniem przekraczającym okres 2-letni.

W przedmiocie doświadczenia wykonawcy, Odwołujący się podaje, iż w Ogłoszeniu w Sekcji III 2.3., Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej jednego studium wykonalności linii kolejowych dużych prędkości, o długości nie mniejszej niż 100 km, przy czym udział wykonawcy w realizacji opracowanego studium wykonalności wynosić powinien co najmniej 50% realizacji wartości zamówienia.

Projekt nr 1 nie został zakwalifikowany ze względu na: referencje sprzeczne z oświadczeniem o zakresie studium wykonalności, brak uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku oraz podanie daty zakończenia projektu.

Zamawiający dopiero na etapie wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „studium wykonalności”, stwierdzając, że zawiera ono co najmniej następujący zakres prac: analiza techniczna, w tym: analiza w zakresie drogi kolejowej z obiektami inżynierskimi, analiza w zakresie energetyki trakcyjnej i nietrakcyjnej, analiza w zakresie sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji, analiza popytu i prognozy ruchu, analiza ekonomiczno-finansowa, analiza wpływu na środowisko.

Dookreślenie rozumienia powyższego pojęcia jest sprzeczne z ustawą Pzp oraz z postanowieniami Ogłoszenia o zamówieniu. W ogłoszeniu, w Sekcji III 2.3., Zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej jednego studium wykonalności linii kolejowych dużych prędkości, o długości nie mniejszej niż 100 km, przy czym udział Wykonawcy w realizacji opracowanego studium wykonalności wynosić powinien co najmniej 50 % realizacji wartości zamówienia. Określając powyższe wymaganie Zamawiający nie definiował pojęcia "studium wykonalności" oraz nie wskazywał jego niezbędnych składników. W związku z tym, że pojęcie powyższe nie jest znane przepisom prawa powszechnie obowiązującego, wykonawcy definiowali je z uwzględnieniem znaczenia, jakie nadano temu pojęciu w języku potocznym oraz literaturze przedmiotu. Najczęściej studium wykonalności składa się z analizy rynku, analizy ekonomicznej, analizy technicznej, strategicznej.

Odwołujący się podał, że przedmiotem wykonanych zamówień w ramach zadania nr 1, było opracowanie studium wykonalności. Dodatkowo, wykonawca wskazał na realizację prac, których zakres wykracza poza studium wykonalności oraz wyszczególnił niektóre prace wchodzące w skład studium wykonalności. W ramach zadania nr 1 wykonano studium

wykonalności, projekt wstępny oraz prowadzono kontrolę projektu. Natomiast w referencjach, mowa jest o projekcie elektryfikacji oraz wsparciu konsultacyjnym i technicznym w zakresie: projektu trakcji, tuneli, mostów i wiaduktów, taboru kolejowego, pomocy i ogólnej współpracy pomiędzy wszelkimi usługami. Użyte w referencjach pojęcia są dość pojemne (projekt, pomoc i ogólna współpraca, wsparcie konsultacyjne) i w swoim zakresie zawierają również realizację studium wykonalności. Ponadto, Odwołujący się stwierdza, że referencje są na ogół sporządzane po zakończeniu wykonywania zamówienia i nie są wydawane na potrzeby konkretnych postępowań, w związku z czym nieuniknione są pewne rozbieżności pomiędzy treścią takiej referencji, a szczegółowym wymaganiem zamawiającego. Istotne jest również to, że referencje mają za zadanie potwierdzić prawidłowe i rzetelne wykonanie zamówienia, a nie stanowią swego rodzaju "zaświadczenia" o zakresie wykonanych robót. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów.

Odnosząc się do kwestii terminu zakończenia prac nad studium wykonalności, Odwołujący się stwierdza, że zadania te stanowiły agregat różnych usług, w skład których wchodziło wykonanie studium wykonalności, wykonanie projektów budowlanych, a niekiedy wykonawstwo. Tak też chronologicznie przebiegały prace w ramach tych inwestycji. W tej sytuacji wszystkie czynności odnoszące się do realizacji studium wykonalności zostały zakończone przed dniem wszczęcia postępowania, jak podano w wyjaśnieniach żądanych przez Zamawiającego. Ponadto, referencje nie są z natury wystawiane na użytek konkretnego postępowania, w związku z tym trudno, żeby dotyczyły każdego z etapów procesu inwestycyjnego, odrębnie.

Odwołujący się nie zgadza się również z ustaleniem Zamawiającego, że Projekt nr 2 dotyczy linii poniżej 100 km. W pkt 2 Wykazu wykonanych zamówień wyraźnie wskazano, że dla odcinka 115 km zrealizowano studium wykonalności. Dopiero w dalszej części doprecyzowano, że dla odcinka 65 km przeprowadzono projekt (w tym studium wykonalności) i nadzór budowlany, natomiast dla pozostałego odcinka 50 km wykonano jedynie studium wykonalności.

Zamawiający zarzucił, że brak jest referencji w języku oryginału odnoszących się do Zadania nr 6. Odwołujący się wskazuje, że dołączone do wniosku dokumenty jednoznacznie potwierdzają zarówno fakt wystawienia takiego dokumentu, jak również jego treść. Zaświadczenie wystawione przez Poczta Portugalską, potwierdza, że sporządzona została kopia "Oświadczenia wydanego przez Altavia dla Viaponte - Projectos e Consultoria de Eugenharia S.A." Zaświadczenie zostało wydane 21 stycznia 2009 r. W tym samym urzędzie uwierzytelniono kopię tłumaczenia ww. zaświadczenia wydanego przez Altavia. Ponadto, Odwołujący się wyjaśnia, że Zamawiający w Ogłoszeniu wymagał, aby dokumenty w języku obcym zostały złożone wraz z tłumaczeniem. Można więc przyjąć, że Odwołujący się złożył

referencję dotyczącą Zadania nr 6 w języku polskim. Jednocześnie, Odwołujący się przyznaje, że jest mu wiadomym, że na etapie postępowania protestacyjnego nie można uzupełniać dokumentów, jednakże dla zobrazowania sytuacji przedkłada zaświadczenie wystawione w języku portugalskim przez Altavia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 25 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 Rozporządzenia, Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający żądał przedstawienia dokumentów potwierdzających zakres wykonanych prac. Żądanie to wybiega poza zakres dokumentów, których może żądać Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, określonych w Rozporządzeniu. W § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 Rozporządzenia prawodawca przewidział m. in. przedłożenie wykazu wykonanych robót, dostaw lub usług oraz dokumentów potwierdzających, że te roboty, dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Odwołujący się podkreśla, że w § 1 ust. 2 wymieniono enumeratywnie dokumenty, których może żądać zamawiający. W związku z tym, że w zdaniu wstępnym nie użyto wyrazów "w szczególności" przyjęć trzeba, że katalog ten ma charakter zamknięty. Żądanie dokumentów potwierdzających niezbędną wiedzę i doświadczenie, innych niż wymienione w § 1 ust. 2 Rozporządzenia, stanowi naruszenie tego przepisu.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2009 r. Zamawiający protest rozstrzygnął, w ten sposób, że w zakresie zarzutu nr 1 protest oddalił, zaś w zakresie zarzutu nr 2 protest odrzucił, jako wniesiony po terminie.

Oдноśnie Koordynatora Projektu, Zamawiający stwierdza, że z uwagi na fakt, iż sformułowania zawarte we Wniosku budziły wątpliwości Zamawiającego, oдноśnie spełnienia spornego warunku, w dniu 12 marca 2009 r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego się z prośbą o udzielenie wyjaśnień i uzupełnienie informacji zawartych we Wniosku. Otrzymane przez Zamawiającego wyjaśnienia i uzupełnienia oraz zawarte pierwotnie we Wniosku informacje nie pozwoliły uznać przedmiotowego warunku za spełniony, z uwagi na następujące fakty:

Projekt nr 2, wykazany w doświadczeniu p. Hermanna G. nie jest przygotowaniem studium wykonalności dla projektów budowy nowych linii kolejowych dużych prędkości. Projekt ten został wyszczególniony także w Wykazie zamówień zrealizowanych przez Wykonawcę pod poz. 1. Z załączonych referencji wynika, że: "zakres usług: 1. Projekt elektryfikacji dla Odcinka C1 Szybkiej Kolei obejmuje: koncepcję i projekt badania wykonalności podsystemów napowietrznej linii łańcuchowej /nośnej/ i zasilania energetycznego trakcji, projekt wstępny, analizę projektową końcowego projektu". Użyte pojęcie "zestawienie techniczne studium trasy" nie wskazuje na studium wykonalności, spełniające wymagania Zamawiającego. W wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 1 kwietnia

2009 r., dotyczących Koordynatora Projektu, Odwołujący się nie wskazuje tego projektu, jako potwierdzającego doświadczenie p. Hermanna G.

Projekt nr 3, w istocie, nie jest przygotowaniem studium wykonalności dla projektów budowy nowych linii kolejowych dużych prędkości, ponieważ dotyczy "metodyki oceniania kooperantów i jakości konstrukcji budowlanych". Wykonawca, pomimo wezwania Zamawiającego, nie sprecyzował daty zakończenia realizacji tego projektu. Uniemożliwia to stwierdzenie, że p. Hermann G. rzeczywiście kierował zespołem opracowującym studium wykonalności. Odwołujący się zwraca uwagę, że studium wykonalności projektu jest realizowane chronologicznie, jako jeden z pierwszych etapów projektu rozpoczętego dnia 1 stycznia 1990 r., zaś p. Hermann G. wykazuje swoje zaangażowanie w tym projekcie począwszy od roku 1999 do roku 2002. Stąd więc wynika, że jego udział w projekcie rozpoczął się już po zrealizowaniu studium wykonalności. Zamawiający nie może uznać za wiarygodne, że przygotowanie studium wykonalności dla linii o długości 115 km zajęło Wykonawcy 12-13 lat. Ponadto, w wyjaśnieniach dotyczących Koordynatora Projektu, Odwołujący się nie wskazuje tego projektu, jako potwierdzającego doświadczenie p. Hermanna G.

Projekt nr 7 również nie stanowi studium wykonalności dla projektów budowy nowych linii kolejowych dużych prędkości, bowiem w zakresie projektu nie ma studium wykonalności, w odróżnieniu od zakresu wykonywanych prac ujętych w Wykazie zamówień wykonanych przez Wykonawcę. Pan Hermann G. brał udział w projekcie wykazanym we Wniosku w doświadczeniu Wykonawcy, ale nie ma potwierdzenia, że kierował zespołem przygotowującym studium wykonalności, gdyż jako pierwsze ze zrealizowanych przez niego zadań jest wymieniona "obsługa procesu zagospodarowania przestrzennego", które to zadanie, jest kolejno drugim zadaniem, w doświadczeniu Odwołującego się. Zakres zadań, realizowanych przez p. Hermanna G. w tym projekcie, nie potwierdza, że było wśród nich jakiegokolwiek opracowanie studium wykonalności w pełnym zakresie. Ponadto, w wyjaśnieniach dotyczących Koordynatora Projektu, Odwołujący się nie wskazuje tego projektu, jako potwierdzającego doświadczenie p. Hermanna G.

Wobec braku podania w wyjaśnieniach Wykonawcy, pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 12 marca 2009 r., czasu trwania projektów w układzie dzień/miesiąc/rok, zgodnie z propozycją Wykonawcy zawartą w wyjaśnieniu z dnia 1 kwietnia 2009 r., Zamawiający zaliczył dwa dni pracy p. Hermannowi G., przy projekcie Bangkok -Pak Tho Railway Project tj. 31 grudnia 1999 r. i 1 stycznia 2000 r.. Wykonawca dopiero w proteście ujawnił, że "w okresie od stycznia 1999 r. do grudnia 2000 r." p. Hermann G. kierował zespołem przygotowującym studium wykonalności dla odcinka szybkiego ruchu Bangkok-Pak". Jednak, wyjaśnienie to zostało złożone w dniu 16 kwietnia 2009 r. i jako takie nie może być uwzględnione przez Zamawiającego w ocenie wniosków, ponieważ zostało

złożone po terminie składania wyjaśnień, który upłynął dla wszystkich wykonawców w dniu 2 kwietnia 2009 r.

Projekt nr 1 zrealizowano dla prędkości $V > 220$ km/h, a nie dla prędkości $V \geq 250$ km/h, stąd nie spełnia wymagań podanych w Ogłoszeniu.

Żaden z projektów nr 8 – 14, tj. odcinek szybkiego ruchu Hannover -Würzburg, nie jest przygotowaniem studium wykonalności dla projektów budowy nowych linii kolejowych dużych prędkości, ponieważ dotyczą one m.in. kontroli obiektów budowlanych, nadzoru budowlanego, projektowania i dokumentacji przetargowej, projektów wykonawczych i procesów zatwierdzania projektu, a zakres wykonywanych prac nie wyczerpuje pełnego zakresu studium wykonalności. Fakt, że p. Hermann G. brał udział w projekcie, dla którego wykonano studium wykonalności nie oznacza, że kierował zespołem ekspertów przygotowującym studium wykonalności dla tego projektu. W wyjaśnieniach z dnia 1 kwietnia 2009 r., dotyczących Koordynatora Projektu, Wykonawca nie wskazuje tych projektów, jako potwierdzających doświadczenie p. Hermanna G.

W przedmiocie doświadczenia Koordynatora ds. sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych, Zamawiający wskazuje, że w Ogłoszeniu o zamówieniu zawarł warunek posiadania doświadczenia w ciągu ostatnich 10 lat, w kierowaniu zespołem, który opracował studium wykonalności dla projektów budowy linii kolejowej dużych prędkości dla $V \geq 250$ km/h, w części dotyczącej: kolejowych sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, elektroenergetycznych i elektrotrakcyjnych.

Zamawiający stwierdził, na podstawie informacji zawartych we Wniosku i złożonych na wezwanie uzupełnieniach i wyjaśnieniach, że nadal brak jest informacji potwierdzającej kierowanie zespołem, który opracował wymagane studium wykonalności.

Wykonawca we Wniosku zawarł informacje na temat więcej niż jednej osoby proponowanej do pełnienia tej funkcji, nie przekazując Zamawiającemu informacji o tym, który z proponowanych koordynatorów kierował zespołem, a który opracował studium wykonalności w części dotyczącej swojej branży.

Z podanych we Wniosku informacji na temat doświadczenia p. Stefana K. nie wynika, że kierował zespołem, który opracował studium wykonalności w części dotyczącej swojej branży. W wyjaśnieniach, przesłanych Zamawiającemu w dniu 1 kwietnia 2009 r., dotyczących Koordynatora ds. sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych, Wykonawca nie wskazuje tych projektów, jako potwierdzających doświadczenie p. Stefana K. Wykonawca dopiero w proteście przedstawia argumentację, że pełnił on funkcję kierowniczą j jako inżynier projektu, pouczając Zamawiającego co oznacza to pojęcie. Zamawiający nie kwestionuje, że przytoczone przez Wykonawcę pojęcie "inżynier projektu" należy traktować jako funkcję kierowniczą. Z "Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego" - tzw. Czerwona

Książka FIDIC wynika, że "do zakresu obowiązków inżyniera projektu należą kwestie związane z kierowaniem, nadzorem, a nawet rozliczaniem inwestycji." Z cytowanej Czerwonej Książki FIDIC nie wynika jednak, że do zakresu obowiązków inżyniera projektu należy kierowanie zespołem, który opracował studium wykonalności w swojej branży. Wzmiankowana pozycja opisuje procesy i zależności pomiędzy stronami na etapie budowy, czyli realizacji projektu budowlanego. Natomiast, studium wykonalności odnosi się do analiz w fazie przedprojektowej, które to analizy zdecydują o podjęciu prac (lub ich zaniechaniu).

Odnosząc się do kandydatury p. Waltera B., zaproponowanej jako druga osoba do pełnienia funkcji Koordynatora ds. sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych, argumentacja Zamawiającego przeciwko uznaniu doświadczenia tej osoby do pełnienia powyższej funkcji jest identyczna z wyżej opisaną, a dotyczącą kandydatury p. Stefana K.

Drugi z Projektów, w doświadczeniu p. Waltera B., nie spełnia warunku doświadczenia wymaganego Ogłoszeniem, ponieważ odnosi się, jak przyznał sam Odwołujący się w złożonym proteście, do projektu elektryfikacji odcinka C1, gdzie nie ma mowy o studium wykonalności budowy nowej linii dużych prędkości. Dodatkowo, występuje niezgodność pomiędzy informacjami zawartymi we Wniosku a zawartymi w proteście, jeśli chodzi o okres zaangażowania p. Waltera B. przy tym projekcie: we wniosku sierpień 2004 r. – styczeń 2005 r., podczas gdy w proteście podano styczeń 2004 r. - styczeń 2005 r.

Pozostałe projekty opisane na potwierdzenie doświadczenia p. Waltera B. nie są zrealizowanymi studiami wykonalności, a jego udział w tych projektach następuje już po wykonaniu studium wykonalności. Wykonawca, pomimo wezwania Zamawiającego, nie sprecyzował daty zakończenia realizacji studium wykonalności dla projektu wskazanego w poz. 2 Wniosku. Uniemożliwia to jednoznaczne stwierdzenie, że p. Walter B. rzeczywiście kierował zespołem opracowującym studium wykonalności w okresie ostatnich 10 lat przed wszczęciem postępowania.

Koordynator ds. eksploatacji linii dużych prędkości nie posiada wymaganego ogłoszeniem dwuletniego doświadczenia w kierowaniu zespołem eksploatacji linii dużych prędkości, a co najwyżej 17 miesięcy tj. 6 miesięcy dla projektu nr 2 i 11 miesięcy dla projektu 6. Na podstawie informacji zawartych w złożonym Wniosku, jak również w odpowiedzi na postawione przez Zamawiającego pytania szczegółowe, Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień potwierdzających, że przedstawiony kandydat p. Martin W. spełnia wymagane warunki w zakresie doświadczenia w kierowaniu zespołem eksploatacji linii dużych prędkości. Wskazane we wniosku inne doświadczenia p. Martina W., nie spełniają stawianych wymagań pod względem merytorycznym.

W przedmiocie doświadczenia Odwołującego się, Zamawiający stwierdza, że w Ogłoszeniu o zamówieniu, zawarł warunek wykonania w okresie trzech lat przed wszczęciem

Postępowania studium wykonalności linii kolejowej dużych prędkości $V \geq 250$ km/h, o długości nie mniejszej niż 100 km, przy czym udział Wykonawcy w realizowanym studium wykonalności ma wynosić, co najmniej 50% realizacji wartości zamówienia.

Spośród Wykazu zamówień wykonanych przez Odwołującego się, w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, tylko zamówienie, podane pod pozycją nr 5, spełnia warunki podane w Ogłoszeniu.

Pozostałe zamówienia nie spełniają warunków z następujących względów:

Odnosnie Projektu nr 1, Zamawiający stwierdza, że z załączonych referencji wynika, iż zamówienie dotyczy projektu elektryfikacji linii kolejowej, a nie studium wykonalności budowy linii kolejowej dużych prędkości $V \geq 250$ km/h. Wykonawca, pomimo wezwania do przedstawienia dokumentów potwierdzających zakres zrealizowanych projektów, nie przedstawił, z wyjątkiem referencji i zestawienia we wniosku, żadnych dodatkowych informacji i wyjaśnień, na temat faktycznego zakresu projektów potwierdzających doświadczenie Wykonawcy. Dodatkowo, pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2009 r., nie podano daty zakończenia zamówienia, ograniczając się do stwierdzenia, że zostało zakończone przed dniem wszczęcia postępowania, ale ponieważ rozpoczęcie zadania nastąpiło na długo przed tą datą, nie ma możliwości stwierdzenia, że nie zostało zakończone również przed wskazaną datą. Wykonawca, w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 1 kwietnia 2009 r., potwierdza wykonanie studium wykonalności, ale już nie potwierdza faktu, że wykonane studium wykonalności dotyczy linii kolejowej dużych prędkości $V \geq 250$ km/h, o długości linii nie mniejszej niż 100 km.

W zakresie Projektu nr 2 Zamawiający wskazuje, że długość linii, dla której opracowano studium wykonalności, była mniejsza od 100 km. Zamawiający określił w Ogłoszeniu wyraźnie, że ocenia doświadczenie Wykonawcy w zakresie opracowania studium wykonalności, a nie nadzoru nad budową. W referencjach, które są istotnym źródłem informacji dla Zamawiającego, wyraźnie wskazano, że "Łącznie w tych krajach związkowych spółka Pöyry Infra GmbH zaprojektowała lub wykonała nadzór budowlany dla ok. 65 km trasy oraz studium wykonalności dla trasy Westerrburgtrasse o długości odcinka 50 km." Wystawiający referencje wyraźnie wyodrębnił studium wykonalności i podał, że zostało ono wykonane dla konkretnej długości odcinka, tj. 50 km. Adresat referencji powinien otrzymać referencje na studium wykonalności dla odcinka 115 km, o ile zostało faktycznie wykonane. Pomimo wezwania Zamawiającego, Wykonawca nie sprecyzował dokładnego okresu wykonania studium wykonalności w formacie dzień/miesiąc/rok. Z informacji podanych we wniosku wynika, że projekt rozpoczął się przygotowaniem studium wykonalności dnia 1 stycznia 1990 r. Zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić, że studium wykonalności zostało zakończone po dniu 8 grudnia 2005 r.

Jeśli chodzi o projekt nr 6, Zamawiający stoi na stanowisku, że studium na potrzeby przetargu dla konsorcjów ubiegających się o koncesję na połączenie kolejowe, nie jest studium wykonalności linii kolejowej dużych prędkości. Wykonawca, pomimo wezwania z dnia 12 marca 2009 r., nie dołączył referencji wystawionej w języku oryginału.

W przedmiocie zarzutu nr 2 Zamawiający podnosi, iż w dniu 9 grudnia 2008 r. wszczął niniejsze postępowanie. W Ogłoszeniu Zamawiający zawarł m. in. warunek odnoszący się do wymaganego od wykonawców doświadczenia. Zatem, zarzut iż Zamawiający nie podał definicji pojęcia „studium wykonalności” w Ogłoszeniu, a dopiero w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, należy uznać za wniesiony po terminie, a nadto całkowicie bezzasadny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, Odwołujący się otrzymał w dniu 12 marca 2009 r., stąd termin na ewentualne wniesienie protestu na jego treść upłynął w dniu 23 marca 2009 r. Nadto, Zamawiający zauważa, że gdyby nawet zarzut nie był spóźniony, to i tak jest on chybiony, z uwagi na fakt, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający jedynie przypomniał definicję studium wykonalności jako zespołu analiz przedprojektowych, koniecznych do sporządzenia, celem podjęcia przez inwestora decyzji o tym, czy zasadne są dalsze prace nad projektem. Przypomniana przez Zamawiającego definicja pojęcia wskazywała na niezbędny, minimalny zakres analiz, jakie składają się na studium wykonalności. Z uwagi na fakt, że użyte przez Odwołującego się, w składanych wraz z wnioskiem dokumentach (Wykaz wykonanych zamówień oraz dokumenty stwierdzające ich należyte wykonanie) sformułowania budziły w zakwestionowanych pozycjach wątpliwości, czy opisane tam projekty można zakwalifikować do studiów wykonalności, stąd Zamawiający przypomniał definicje prac kwalifikowanych jako studia wykonalności, celem ich odróżnienia od usług doradczych, świadczonych przez Odwołującego się i wymienianych w złożonym Wniosku.

Ponadto, Zamawiający stwierdza, że wbrew twierdzeniu Odwołującego się, nie żądał zawarcia w referencjach identycznych sformułowań, jak i opisywanych przez Wykonawcę projektach, a jedynie wskazał na konieczność przedstawienia takich referencji, z których będzie wynikać, że przedmiotem wykonanych prac były istotnie studia wykonalności, a nie jakiegokolwiek usługi doradcze prowadzone na różnych etapach trwania projektu. Dodatkowo, Zamawiający przypomniał, że zawarte w referencjach informacje nie mogą być sprzeczne ze złożonymi przez Wykonawcę oświadczeniami. Jednocześnie Zamawiający stwierdza, że przedmiotowy zarzut zgłoszony jest po terminie.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący się, wnosząc odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście (dodatkowo podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp), jak również żądania.

Odwołujący się podnosi, iż ze względu na przedmiot zamówienia oraz wymagania postawione przez Zamawiającego, wykonawcy mogą wykazać się realizacją zamówień wykonanych głównie poza granicami Polski. Zamawiający dopiero na etapie zwracania się o wyjaśnienia treści wniosków doprecyzował, co rozumie pod pojęciem "studium wykonalności". Studium wykonalności realizowane bywa bardzo często, jako dokument niezbędny do oceny przez Instytucję Zarządzającą, analizy i oceny projektów inwestycyjnych, o których mowa w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1992 (Dz. U. L 210 z 31.07.2006 r. z późn. zm.). Szczegółowy zakres studium wykonalności lub innego dokumentu, wymaganego w ramach poszczególnych osi priorytetowych programów operacyjnych określany jest przez właściwe Instytucje Zarządzające. Studium wykonalności może dotyczyć inwestycji realizowanych poza Unią Europejską, a wtedy nazwa, zakres i postać takiego studium może różnić się od studiów wykonalności sporządzanych w związku z dofinansowaniem ze środków unijnych. Zatem, powyższe wskazuje, że zakres studium wykonalności w inwestycjach "referencyjnych" nie zawsze będzie taki sam, jak określił go Zamawiający. Ponadto, realizacja studium wykonalności stanowi wymóg formalny uzyskania dofinansowania z funduszy unijnych, co powoduje, że może być ono wykonane już na etapie realizacji inwestycji, a nawet po jej zakończeniu.

W przedmiocie doświadczenia Koordynatora Projektu w zakresie Projektu nr 2 Odwołujący się stwierdza, że referencje są na ogół wydawane po zakończeniu wykonywania zamówienia i nie są wydawane na potrzeby konkretnych postępowań, w związku z czym nieuniknione są pewne rozbieżności pomiędzy treścią takiej referencji a szczegółowym wymaganiem zamawiającego. Zaś, różnice pomiędzy pojęciem "techniczne studium trasy", a "studium wykonalności" mają charakter jedynie językowy, a nie znaczeniowy. Nadużyciem byłoby stwierdzenie, że brak powtórzenia przedmiotowego projektu w wyjaśnieniach powoduje unieważnienie wszelkich pozostałych informacji podanych we Wniosku.

Odnosząc się do Projektu nr 3 i 7 Odwołujący się wyjaśnia, że uczestniczył w inwestycji Kolonia -Ren/Men w latach 1990-2008, a inwestycja ta została wyszczególniona w pkt 2 Wykazu zrealizowanych zamówień, gdzie wyraźnie wskazano na realizację studium wykonalności. Inwestycji tej dotyczą również wymienione w doświadczeniu Koordynatora projekty nr 3, 5, 6 i 7. Inwestycja składała się z mniejszych odcinków, dla których były wykonywane odrębne studia wykonalności i prace projektowe. Nie jest regułą, że studium wykonalności zawsze musi być chronologicznie wcześniejsze, niż pozostałe prace realizowane w ramach danego projektu, albowiem studium wykonalności z reguły służy pozyskaniu finansowania, co może mieć miejsce na każdym etapie procesu inwestycyjnego. W świetle tych zastrzeżeń, za nieuzasadnione należy uznać podważanie wiarygodności

podanych przez Odwołującego się danych, poprzez twierdzenie, że "studium wykonalności dla linii o długości 115 km zajęło Wykonawcy 12-13 lat".

W latach 1996-2002 p. Hermann G. brał udział w przygotowaniu i realizacji odcinka B, obejmującego odcinek z Selters w Westerwald do Brechen koło Limburg, w ramach inwestycji dotyczącej linii Kolonia -Ren/Men. W wykazie doświadczenia, w zakresie zadania nr 6, wskazano na kierownictwo planowania inwestycji, które należy zakwalifikować, jako realizację studium wykonalności.

Odnosząc się do zaliczenia dwóch dni doświadczenia w ramach przygotowania studium wykonalności dla odcinka szybkiego ruchu Bankok-Pak Tho Railway Projekt, Odwołujący się stwierdza, że sformułowanie "uwzględnić, co najmniej okres od ostatniego dnia roku, w którym rozpoczęto inwestycję, do pierwszego dnia roku, w którym zakończono taką inwestycję" nie stanowi kategorię twierdzenia, lecz wskazuje na to, że nawet przy takim sposobie liczenia terminów proponowany Koordynator spełnia wymagania Zamawiającego. Wniosek o dwudniowym uczestnictwie w realizacji inwestycji należy uznać zatem nie tylko za niedopuszczalny, ale w świetle logiki i zasad doświadczenia życiowego za kuriozalny.

W odniesieniu do osoby p. Stefana K., Odwołujący się stwierdza, że nie można, z użycia pojęcia "inżynier projektu", wywieść wniosku, że osoba pełniąca taką funkcję nie przygotowała studium wykonalności, a kierowała jedynie projektem na dalszym etapie jego realizacji. Odwołujący się podkreśla, że funkcja "inżynier projektu" jest funkcją kierowniczą, natomiast zakres prac związanych z tą funkcją określony jest w wykazie dołączonym do wniosku.

W przedmiocie doświadczenia p. Waltera B., Odwołujący się wskazuje na błąd w rozumowaniu Zamawiającego, polegający na przyjęciu, że inwestycja Kolonia-Ren/Men nie była podzielona na mniejsze odcinki, dla których sporządzano odrębne studia wykonalności, co skutkuje błędnym założeniem, że studium wykonalności dla tego projektu realizowane było wyłącznie na początku lat 90-tych. Pan Walter B. brał udział w ww. inwestycji w latach 1999-2002 i 1996-2002, a inwestycja ta opisana w pkt 2 Wykazu zrealizowanych zamówień, obejmowała przygotowanie studium wykonalności i planowanie projektu wstępnego.

Odwołujący się nie zgadza się również z ustaleniem, że inwestycja Lizbona-Porto, odcinek C1 nie obejmowała studium wykonalności. Pomimo różnic w nazwie, w pojęciu "koncept i projekt" mieści się wykonanie studium wykonalności.

Odwołujący się podnosi również, że p. Martin W. pracował jako inżynier projektu i specjalista ds. taboru kolejowego w szeregu różnych przedsięwzięciach, np.: w okresie od lutego 2005 do grudnia 2005 na zlecenie zarządu kolei w Zhengzhou w Chinach badał kwestie dopuszczeń dla liny nośnej kolei wysokiej prędkości, ponadto badał potencjalne konsekwencje wykolejenia pociągów regionalnych i szybkich, w wyniku działań

przestępczych, procedury konserwacji trakcji oraz szereg innych wymienionych w opisie problemów eksploatacyjnych, związanych z taborem i liniami kolejowymi. Nie ulega wątpliwości, że np. "badanie dopuszczzeń dla liny nośnej" jest zadaniem związanym z eksploatacją linii dużych prędkości. Podobnie można zakwalifikować pozostałe z wymienionych w wykazie prac.

W przedmiocie doświadczenia Odwołującego się, za zupełnie bezpodstawne Odwołujący się uznaje stwierdzenie, że w wyjaśnieniach z 1 kwietnia 2009 r. potwierdził wykonanie studium wykonalności inwestycji Lizbona-Porto, ale nie potwierdził faktu, że wykonane studium wykonalności dotyczyło linii kolejowej dużych prędkości równej lub wyższej niż 250km/h, o długości nie mniejszej niż 100km. Zamawiający w ten sposób potwierdził czas realizacji studium wykonalności, natomiast za zbędne należy uznać powtarzanie nie budzących wątpliwości informacji, że inwestycja posiadała wymienione parametry. Opis inwestycji zawarty został w wykazie zrealizowanych zamówień pod nr 1 w kolumnie 1. Wyraźnie wskazano tam, że linia Lizbona-Porto ma długość ok. 106 km, a dopuszczalna prędkość 300-350 km/h.

W zakresie projektu nr 6 Odwołujący się stwierdza, że różnice pomiędzy "studium na potrzeby przetargu" a "studium wykonalności" mają charakter jedynie językowy, a nie znaczeniowy, wszakże studium wykonalności będące przedmiotem niniejszego dialogu konkurencyjnego również będzie miało na celu umożliwienie udzielenie zamówienia na projekt i wykonawstwo planowanej linii dużej prędkości.

Odnosnie odrzucenia zarzutu 2, Odwołujący się podnosi, iż w myśl art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Pojęcie "okoliczności stanowiących podstawę do wniesie protestu" jest pojęciem nieostrym i może być rozumiane, jako decyzja zamawiającego naruszająca prawo, innym razem jako powstanie lub zagrożenie powstania szkody w interesie wykonawcy. Należy stwierdzić, że samo wezwanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentów potwierdzających zakres wykonanych prac nie spowodowało negatywnych następstw w interesie prawnym Odwołującego się, albowiem nie oddziaływało bezpośrednio w sferę praw wykonawcy poprzez np. utratę możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący przedstawiając wyjaśnienia z dnia 1 kwietnia 2009 r. wskazał na to, że żądanie takie jest niezgodne z prawem, jednak do czasu kiedy Zamawiający nie wywodził z tego wezwania negatywnych dla Odwołującego się skutków prawnych, ten nie miał podstaw do wnoszenia protestu. W tym stanie sprawy Wykonawca miał prawo uznać, że jego wyjaśnienia w tym zakresie zostaną przyjęte i uwzględnione. Negatywne konsekwencje wezwania do przedstawienia dokumentów, powiązać należy bezpośrednio z czynnością wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Dopiero w odniesieniu do czynności

wykluczenia wykonawcy można stwierdzić, że czynność Zamawiającego spowodowała naruszenie interesu prawnego wykonawcy, co stanowi przesłankę wnoszenia środków odwoławczych.

Na podstawie dokumentacji postępowania Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu dotyczące osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. I tak, na stanowisko Koordynatora Projektu może być zaproponowana osoba posiadająca wykształcenie wyższe, co najmniej 3-letnie doświadczenie w kierowaniu zespołem ekspertów przygotowującym studium wykonalności dla projektów budowy nowych linii kolejowych dużych prędkości dla $V \geq 250$ km/h (dalej Projekt), w tym zrealizowanie co najmniej jednego opracowania studium wykonalności dla Projektu, który został zakończony i odebrany przez zlecających. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku należało złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich wykształcenia i doświadczenia zawodowego niezbędnych do wykonania zamówienia, w podanej formie umożliwiającej weryfikację spełnienia wymagań (należy podać informacje dotyczące wykształcenia, doświadczenia, zakresu i czasookresu wykonywanych czynności, nazwy poprzedniego zamawiającego i odbiorcy, jeśli były to różne podmioty). Zamawiający poinformował również, iż udostępnił na stronie internetowej, przykładowy wzór wykazu.

We wniosku Odwołujący się na powyższe stanowisko zaproponował p. Hermanna G., wskazując, iż osoba ta specjalizuje się w zakresie: zarządzania projektami i koordynacji projektów, techniki kolejowej ze wskazaniem na systemy dalekobieżne, koncepcji remontowych i planowania, branżowego rozwoju koncepcji EDV i posiada następujące doświadczenie zawodowe:

- 1) Koordynator Projektu – odcinek szybkiego ruchu Mecheria – El Bayadh, planowana jednotorowa linia z Mecheria – El Bayadh ma ponad 100 km długości. Podstawą studium wykonalności jest planowanie dla prędkości wynoszącej > 220 km/h. Usługi firmy Pöyry Infra obejmują całość planowania od studium wykonalności po dokumentację przetargową (realizacja: kwiecień 2007 r. – „dzisiaj”).
- 2) Kierownik projektu – odcinek szybkiego ruchu Lizbona – Porto, odcinek C1. Budowa nowego odcina szybkiego ruchu pomiędzy Lizboną i Porto. Odcinek szybkiego ruchu ($V > 300$ km/h) ma zostać zbudowany z ewentualnym przyłączeniem do hiszpańskiej sieci HGV. Projekt elektryfikacji odcinaka C1 oraz poradnictwo dla konsorcjum w zakresie trasy, nawierzchni kolejowej, planowania przystanków i dworców do wymijania, budowy mostów i tuneli. Koordynacja zestawienia „techniczne studium

trasy”. Poradnictwo w zakresie konstrukcji przekroju i nawierzchni kolejowej dla odcinków szybkiego ruchu o $v_E > 300$ km/h (realizacja sierpień 2004 r. – styczeń 2005 r.).

- 3) Koordynator projektu i kierownik projektu – odcinek szybkiego ruchu Kolonia – Ren/Men. Opracowanie metodyki oceniania kooperantów i jakości konstrukcji budowlanych. Analiza słabych punktów wykonywania robót budowlanych na wszystkich etapach budowy, długość całkowita ok. 180 km ($V \geq 300$ km/h), ogólnie została oceniona jakość 81 konstrukcji budowlanych, 45 przedsiębiorstw łącznie z opracowaniem programu EDV (okres realizacji: 1999 r. – 2002 r.).
- 4) Koordynator projektu: odcinek szybkiego ruchu Bangkok – Pak Tho Railway Project. Studium wykonalności, propozycja finansowania i wnioski koncesyjny dla nowego odcinka szybkiego ruchu o dł. 180 km ($V \geq 300$ km/h), okres realizacji: 1999 r. – 2000 r.
- 5) Rzeczoznawca i kierownik projektu – odcinek szybkiego ruchu Kolonia – Ren/Men, odcinek budowy B. Opinia rzeczoznawcy wspierająca argumentację inwestora w sporze z firmami wykonawczymi, doradzanie inwestorowi, (≥ 300 km/h), okres realizacji: 1998 r. – 1999 r.
- 6) Kierownik projektu i koordynator projektu - odcinek szybkiego ruchu Kolonia – Ren/Men, odcinek budowy B. Przeprowadzenie przez generalnego wykonawcę budowy szybkiej kolei ($V \geq 300$ km/h) Kolonia – Ren/Men wraz z dwoma przedsiębiorstwami inżynieryjnymi. Odcinek budowy B stanowi środkową część trasy z Selters do Brechen koło Limburg, główne kierownictwo budowy, nadzór budowlany, kierownictwo planowania i zarządzanie projektem, specjalistyczny, techniczny nadzór budowlany (geodezja, podłoże budowlane, ekologia), nadzorowanie robót – lita nawierzchnia, zarządzanie elementami dodatkowymi (okres realizacji: 1996 r. – 2002 r.)
- 7) Kierownik projektu i doradca – odcinek szybkiego ruchu Kolonia – Ren/Men, etap projektu 31. Obsługa procesu zagospodarowania przestrzennego, planowanie wstępne, proces zatwierdzania projektu, projektowanie, koncepcja komunikacji miejskiej dla obszaru Limburg, projektowanie odwodnienia, public relations.
- 8) Kierownik projektu – odcinek szybkiego ruchu Hannover – Würzburg. Przeprowadzenie 2 głównej kontroli tunelu dla 12 konstrukcji tunelowych nowej trasy Hannover – Würzburg ($V \geq 250$ km/h). Główna kontrola tuneli, zestawienie danych, raport z inspekcji (okres realizacji: 1990 r. – 1991 r.).
- 9) Kierownik projektu - odcinek szybkiego ruchu Hannover – Würzburg. Przeprowadzenie 1 głównej kontroli wskazanych tuneli nowej trasy Hannover –

Würzburg ($V \geq 250$ km/h). Główna kontrola tuneli, zestawienie danych, raport z inspekcji (okres realizacji: 1989 r. – 1990 r.).

- 10) Inżynier projektu – odcinek szybkiego ruchu Hannover – Würzburg. Nadzór budowlany i kierowanie projektem podczas realizacji budów jedenastu tuneli przy nowej trasie Hannover – Würzburg ($V \geq 250$ km/h). Nadzór budowlany, główne kierownictwo budowy, techniczna kontrola projektów (okres realizacji: 1984 r. – 1989 r.).
- 11) Kierownik projektu i inżynier projektu – odcinek szybkiego ruchu Hannover – Würzburg. Projektowanie i dokumentacja przetargowa wskazanych tuneli przy nowej trasie Hannover – Würzburg ($V \geq 250$ km/h). Czynności wykonywane: projektowanie, przetarg, przygotowanie przekazania i współdziałanie przy oddaniu (okres realizacji: 1983 r. – 1984 r.).
- 12) p.o. Kierownik projektu i inżynier projektu – odcinek szybkiego ruchu Hannover – Würzburg. Projekt wykonawczy wskazanych tuneli przy nowej trasie Hannover – Würzburg ($V \geq 250$ km/h) na zlecenie firmy budowlanej. Wykonywane czynności: projekt wykonawczy, doradztwo techniczne w zakresie budowy tuneli (okres realizacji: 1983 r. – 1984 r.).
- 13) Kierownik projektu i inżynier projektu - odcinek szybkiego ruchu Hannover – Würzburg, obszar północny. Planowanie i projekt wykonawczy dla planowanego 12 km odcinka nowej trasy Hannover–Würzburg ($V \geq 250$ km/h). Czynności: projektowanie, przetarg, przygotowanie przekazania i współdziałanie przy oddaniu, projekt wykonawczy, pomiary szczegółowe (okres realizacji: 1981 r. – 1984 r.).
- 14) Inżynier projektu - odcinek szybkiego ruchu Hannover – Würzburg, obszar środkowy. Utworzenie dokumentacji do zatwierdzenia projektu dla odcinków 15 i 16 nowej trasy Hannover–Würzburg ($V \geq 250$ km/h) łącznie ze stacjami naprawczymi. Czynności: proces zatwierdzania projektu, kosztorysy, pomiary.

Pismem z dnia 12 marca 2009 r. Zamawiający stwierdził, iż „użyte w wykazie sformułowania nie pozwalają jednoznacznie przesądzić czy proponowana do pełnienia tej funkcji osoba kierowała przez co najmniej 3 lata zespołem ekspertów przygotowującym SW nowych linii kolejowych $V \geq 250$ km/h. Prosimy o wykazanie spełnienia warunku trzyletniego doświadczenia tej osoby w kierowaniu zespołem przy realizacji wymienionych w wykazie projektów spełniających warunek SW, zgodnie z pkt 1.1 Część II, w układzie: (od/do miesiąc/rok – miesiąc/rok). Które z projektów zrealizowanych przez zespół ekspertów kierowany przez proponowaną do tej funkcji osobę dotyczyły przygotowania SW, zgodnie z pkt 1.1. Części II, dla projektów budowy nowych linii kolejowych dużych prędkości dla $V \geq 250$ km/h?”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 1 kwietnia 2009 r.) Odwołujący się stwierdził, iż Koordynator Projektu spełnia wymóg zawarty w Ogłoszeniu w sposób nadmiarowy, co wynika jednoznacznie z wykazu dołączonego do wniosku. Wskazuje dla przykładu inwestycję Mecheria – El Bayadh (gdzie p. Hermann G. jest koordynatorem projektu, a projekt obejmuje studium wykonalności) i Bangkok – Pak. Zdaniem Odwołującego się, już te dwie inwestycje wskazują na spełnienie wymagań. Pozostałe inwestycje ujęte w wykazie prac, również obejmowały przygotowanie studium wykonalności. „Odnosząc się do żądania przedstawienia dat w układzie dzień, miesiąc, rok należy stwierdzić, że w takim wypadku zamawiający powinien uwzględnić, co najmniej okres od ostatniego dnia roku, w którym rozpoczęto inwestycję do pierwszego dnia roku, w którym zakończono taką inwestycję.”

W tych okolicznościach Zamawiający uznał, iż zaproponowana przez Odwołującego się osoba do pełnienia funkcji Koordynatora Projektu nie posiada 3-letniego doświadczenia w kierowaniu zespołem (pismo z dnia 9 kwietnia 2009 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę oraz przebieg rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Rozstrzygające znaczenie dla oceny wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, jak i jego personelu ma pojęcie „studium wykonalności”. Okazuje się bowiem, że różne rozumienie tego terminu przez strony postępowania prowadzi do odrębnych wniosków. W niniejszej sprawie Zamawiający nie zdecydował się na zdefiniowanie spornego pojęcia, co w konsekwencji doprowadziło do sporu, tym bardziej, że brak definicji legalnej przedmiotowego zwrotu również w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. W tych okolicznościach rodzi się pytanie, jak należało definiować „studium wykonalności”, a ściślej kiedy określone opracowanie może być uznane za studium wykonalności.

Analizując argumentację przedstawioną przez Zamawiającego stwierdzić należy, że w istocie Zamawiający określił zakres opracowania studium wykonalności na potrzeby niniejszego postępowania, jednakże uczynił to w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, do czego był zresztą zobowiązany na podstawie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Tego faktu Odwołujący się, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie kwestionuje. Natomiast budzi wątpliwości Odwołującego się okoliczność, kiedy na etapie wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień, Zamawiający wskazuje, co należy rozumieć pod pojęciem „studium wykonalności”. Zamawiający bowiem stwierdza, iż studium wykonalności, zawiera co najmniej następujący zakres prac: analiza techniczna (w tym: analiza w zakresie drogi kolejowej z obiektami inżynierskimi, analiza w zakresie energetyki trakcyjnej i nietrakcyjnej, analiza w zakresie sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji), analiza popytu i prognozy ruchu, analiza ekonomiczno-finansowa, analiza wpływu na środowisko (pismo z dnia 13 marca 2009 r.).

Zgodzić należy się z Odwołującym się, iż powyższe działanie Zamawiającego stanowi doprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu, do którego Zamawiający nie jest uprawniony. Przypomnieć bowiem należy, iż uprawnieniem Zamawiającego jest formułowanie warunków udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem, że nie może ich określać w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Jeśli zatem Zamawiający decyduje się na używanie pojęć, ale w warunkach różnych projektów różnie definiowanych, nie może oczekiwać, iż każdy z wykonawców odgadnie intencje Zamawiającego. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż „jedynie przypomniał w skróconej formie minimalny zakres prac objęty studium wykonalności tzw. minimum minimorum, aby uzmysłwić wykonawcom, że każde opracowanie poniżej tego zakresu nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego” (odpowiedź na odwołanie). Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, przypomnienie może odnosić się do faktu znanego, a nie do faktu, który zaistniał jedynie w świadomości Zamawiającego. I co więcej, skoro Odwołujący się o tym fakcie nie wiedział, nie może ponosić negatywnych konsekwencji jego nieuwzględnienia. Oceny tej nie zmienia również okoliczność, iż w opracowanym przez Komisję Europejską „Dokumencie Roboczym nr 4 – Wytyczne dotyczące metodologii przeprowadzania analizy kosztów i korzyści”, zostały wskazane elementy studium wykonalności, a Niebieska Księga zawiera rekomendowaną zawartość studium wykonalności dla projektów infrastruktury transportu kolejowego. Podkreślić bowiem należy, iż Zamawiający do żadnego z tych opracowań nie odwołał się na etapie Ogłoszenia, przedmiotowe opracowania nie stanowią źródła prawa, stanowią jedynie pewne wytyczne, z których Zamawiający mógł skorzystać w momencie konstruowania warunków udziału w postępowaniu. W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż dokonywanie oceny doświadczenia przez pryzmat studium wykonalności, rozumianego w taki sposób, jaki został zaprezentowany w piśmie z dnia 12 marca 2009 r., nie znajduje uzasadnienia.

Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż wystarczy w tym względzie odwołanie się do języka potocznego. Nie jest to możliwe, gdyż język potoczny nie zna wskazanego pojęcia, nie definiuje go nawet Słownik współczesnego języka polskiego, wyd. z 1998 r. Jest to pojęcie fachowe, znane literaturze przedmiotu. I tak, Organizacja Narodów Zjednoczonych ds. Rozwoju Przemysłowego (UNIDO) wskazuje, iż „studium feasibility musi dostarczać wszelkich danych niezbędnych do podjęcia decyzji inwestycyjnej” („Poradnik Przygotowania Przemysłowych Studiów Feasibility”, Część Pierwsza – A). Zaś, w Unii Europejskiej podstawowym opracowaniem w tym zakresie jest „Analiza kosztów i korzyści projektów inwestycyjnych: Przewodnik”, gdzie studium wykonalności znaczy tyle, co „badanie proponowanego projektu, które ma ustalić, czy

proponowana inwestycja jest na tyle atrakcyjna, aby uzasadniać dalsze szczegółowe prace przygotowawcze”.

Powyższe wskazuje, iż zakres tego pojęcia nie jest ostry, a ostateczny kształt studium wykonalności uzależniony jest od wytycznych inwestora oraz zaleceń innych stron zaangażowanych w realizację projektu objętego analizą (np. jednostki współfinansującej). Jednakże, w niniejszym postępowaniu, możliwe jest jedynie odwołanie się do pojęć znanych literaturze przedmiotu, w celu określenia granic spornego pojęcia. Krajowa Izba Odwoławcza, na tle zaprezentowanych rozważań, stoi na stanowisku, iż zgodnie z „uniwersalnym” pojęciem „studium wykonalności” jedynie wszechstronna analiza kosztów i korzyści, daje podstawę do oceny zasadności realizacji danego projektu inwestycyjnego. Stąd, jako niezbędne elementy studium wykonalności wskazać należy analizę: techniczną, ekonomiczną i finansową. Co do analizy oddziaływania na środowisko nie sposób stwierdzić, iż jest ona nieodłącznym elementem studium wykonalności. Nie sposób takiego wniosku wyprowadzić z funkcjonujących w branży definicji, jak również z regulacji prawnych. Wskazać chociażby należy, iż zgodnie z prawem polskim jedynie dla ściśle określonych projektów wymagane jest wykonanie oceny oddziaływania na środowisko zgodnie z wymaganiami prawa unijnego (Dyrektywa Rady 85/337/EWG w sprawie oceny skutków niektórych publicznych i prywatnych przedsięwzięć dla środowiska). Ponadto, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie do przyjęcia jest twierdzenie Odwołującego się, zgodnie z którym studium wykonalności może być opracowane na etapie realizacji inwestycji lub nawet po jej zakończeniu. Przeczy to istocie i celowi, który uzasadnia przygotowanie tego rodzaju opracowania.

Na tle tak zdefiniowanego pojęcia należy dokonać oceny spełniania spornych warunków udziału w postępowaniu, które ściśle związane są z pojęciem „studium wykonalności”.

I tak, w zakresie projektów realizowanych przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Koordynatora Projektu stwierdzić należy, że:

Projekt nr 1 nie spełnia spornego warunku, gdyż dotyczy co prawda opracowania studium wykonalności, którego zakresu Zamawiający nie kwestionuje, jednakże odnosi się do linii kolejowej o prędkości mniejszej niż wymagana.

W odniesieniu do Projektu nr 2, Krajowa Izba Odwoławcza, podziela zdanie Zamawiającego, iż nie spełnia on określonych wymagań, ale nie ulega wątpliwości, iż musi być brany pod uwagę, na etapie oceny wniosków. Brak jego ujęcia w wyjaśnieniach z dnia 1 kwietnia 2009 r., nie może być bowiem traktowany jako odwołanie oświadczenia zawartego we wniosku. Zwrócić należy jednakże uwagę, iż Odwołujący się wyraźnie wskazał, iż p. Hermann G. koordynował projekt elektryfikacji i zestawienie „techniczne studium trasy”. Z powyższego wyraźnie wynika, iż jego aktywność zawodowa dotyczy wyłącznie sfery

technicznej i do tej sfery ogranicza się koordynacja. Na tym tle nieuzasadnione jest przyjęcie twierdzenia Odwołującego się, iż studium wykonalności i „techniczne studium trasy” to synonimy. Tym bardziej, że to sam wykonawca odniósł pojęcie „studium” wyłącznie do analizy technicznej. Zaś, o czym była mowa wyżej, analiza techniczna nie wyczerpuje zakresu pojęcia „studium wykonalności”. Ponadto, wskazanie w wykazie usług zrealizowanych przez wykonawcę (pkt 1), opracowanie studium wykonalności spornego projektu w powiązaniu z informacją znajdującą się w wykazie osób, pozwala stwierdzić, że inna osoba koordynowała wykonanie studium wykonalności, a inna, wykonanie w ramach tego studium, analizy technicznej.

Analizując zakres realizowanych zadań w ramach Projektów: 3, 5, 6 i 7 wskazać należy, iż opis żadnego z tych projektów nie pozwala na wyprowadzenie wniosku, iż p. Hermann G. kierował zespołem ekspertów przygotowującym studium wykonalności. Wręcz przeciwnie, Odwołujący się wskazał na zupełnie inne pola aktywności zawodowej. Projekt nr 3 dotyczy oceny jakości konstrukcji budowlanych. Projekt nr 5 obejmuje wsparcie dla inwestora (doradztwo, opinia). Projekt nr 6 dotyczy etapu realizacji inwestycji (użyte pojęcie „planowania” należy odnieść właśnie do tego etapu), zaś projekt nr 7 – etapu projektowania (wskazane czynności nie wskazują, iż mamy do czynienia z opracowaniem studium wykonalności). Ponadto, zauważyć należy, iż fakt, że inwestycja składała się z mniejszych odcinków, dla których były wykonywane odrębne studia wykonalności, co potwierdza Wykaz realizowanych usług, jak i referencje, nie przesądza, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, o posiadaniu w tym zakresie doświadczenia przez p. Hermanna G.

Jeśli chodzi o Projekt nr 4, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż spełnia on wymagania Zamawiającego, zaś czas jego realizacji należało przyjąć jako lata 1999 i 2000 (2 lata). Stanowisko takie jest uzasadnione w świetle struktury przyjętej w Wykazie osób, zgodnie z którą Odwołujący się zastosował do opisu terminu nie tylko lata, ale również w odniesieniu do innych projektów, również miesiące, co wskazuje, iż nie wyodrębnienie miesięcy, oznacza realizację w ciągu całego roku. Prawdliwość przyjętego toku rozumowania potwierdza również treść protestu.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż Projekty nr 8-14 nie spełniają określonych wymagań. Projekt nr 8 i 9 obejmuje kontrolę i przygotowanie wyników kontroli. Projekt nr 10 dotyczy etapu realizacji inwestycji. Projekt nr 11, 12 i 13 obejmuje projektowanie. Zaś, Projekt nr 14 stanowi czynności związane z zatwierdzaniem projektu, wykonanie kosztorysów i pomiarów. Fakt, iż w ramach wskazanych projektów wykonywane były studia wykonalności nie oznacza, iż udział w ich opracowywaniu, a tym bardziej koordynowanie należy przypisać p. Hermannowi G.

W tych okolicznościach brak podstaw do stwierdzenia, iż ww. osoba spełnia wymagania Zamawiającego. Odwołujący się wykazał bowiem jedynie dwuletnie

doświadczenie w zakresie kierowania zespołem ekspertów przygotowującym wymagane opracowanie studium wykonalności (i zrealizowanym) wobec żądanego trzyletniego doświadczenia tego rodzaju.

W odniesieniu do Koordynatora ds. sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych Zamawiający wymagał: wykształcenia wyższego i doświadczenia, w ciągu ostatnich 10 lat, w kierowaniu zespołem, który opracował studium wykonalności dla projektów budowy linii kolejowej dużych prędkości dla $V \geq 250$ km/h w części dotyczącej: kolejowych sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, elektroenergetycznych i elektrotrakcyjnych (ppkt 1 lit. c Sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący się w wykazie załączonym do wniosku zaproponował dwie kandydatury: p. Stefana K. i Waltera B. Pierwsza z osób specjalizuje się w zakresie: planowania, konsultingu i nadzoru budowlanego: instalacji elektrycznych niskiego i wysokiego napięcia, instalacji elektrycznych kolejowych dla systemów prądu stałego i zmiennego, instalacji sterowniczych (trakcje i szyny), systemów uziemiania i odprowadzania. Posiada następujące doświadczenie zawodowe:

- 1) Projektowanie trakcji, instalacji elektrycznych kolejowych, planowanie przedprojektowe i projektowe, na trasie 160 km/h w ramach inwestycji Rumanian Railways (okres realizacji: od listopada 2007 r.).
- 2) Kontrola projektów, doradztwo w zakresie instalacji trakcyjnych i zabezpieczających przy planowaniu realizacji i przetarg na renowację trasy Batajnica – Golubin (okres realizacji: maj 2007 r. – czerwiec 2007 r.).
- 3) Inżynier projektu (branża sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych). Współpraca przy opracowywaniu oferty dotyczącej systemu kolejowego podstawowego tunelu św. Gotharda, obszary działania RAMS, LCC i sieci trakcyjne na odcinku szybkiego ruchu ($V > 250$ km/h), okres realizacji: 2006 r. – 2007 r.).
- 4) Inżynier projektant instalacji kolejowych elektrycznych – Transtrapid – Monachium. Konsulting i koordynacja techniczna systemów zasilania energią, średnie napięcie, przewody, układy włączeniowe, trasa szybkiego ruchu ($V \geq 250$ km/h), okres realizacji: 2004 r.
- 5) Consult projektant systemów i wyposażenia – RAVE szybkie połączenie kolejowe Porto – Lizbona. Konsulting, porównanie wariantów, trakcje i zasilanie kolei w energię, trasa szybkiego ruchu ($V \geq 300$ km/h), okres realizacji: luty 2004 r. – grudzień 2004 r.).
- 6) Inżynier projektu – branża sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych – NBS Kolonia – Ren/Men. Włączenie trasy szybkiego ruchu ($V > 300$ km/h) Kolonia – Ren/Men na dworcu Kolonia – Deutz wymaga wydłużenia

peronów. Związane są z tym zmiany planów torów i konieczność dostosowania systemów sterowania i bezpieczeństwa. Przedsięwzięcie wymaga zmiany oprogramowania w istniejącym ESTW i jest realizowane w różnych pośrednich etapach (okres realizacji: 2003 r.).

- 7) Kierownik projektowania częściowego, inżynier projektu instalacji kolejowych elektrycznych i sterowniczych – szybkie połączenie kolejowe Hannover – Berlin. Nadzór budowlany, instalacje trakcyjne, trasa szybkiego ruchu ($V \geq 200$ km/h), okres realizacji: kwiecień 1993 r. – czerwiec 1994 r.
- 8) Kierownik projektowania częściowego, inżynier projektu instalacji kolejowych elektrycznych i sterowniczych – szybkie połączenie kolejowe Hannover – Berlin. Planowanie projektowe, planowanie uzgodnień i realizacji oraz przetarg na instalacje kolejowe elektryczne, sterownicze 750 V DC, trasa szybkiego ruchu ($V \geq 200$ km/h), okres realizacji: styczeń 1993 r. – czerwiec 1994 r.

Druga z ww. osób posiada specjalizację w zakresie: instalacji sieci trakcyjnych i energetycznych, kierowania projektami przy planowaniu i realizacji zadań budowlanych na instalacjach kolejowych (sieć trakcyjna, LST, nawierzchnia, budownictwo ziemne i podziemne), opracowanie kontraktów i suplementów. Doświadczenie zawodowe kandydata przedstawia się następująco:

- 1) Inżynier projektu (branża sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych). Współpraca przy opracowywaniu oferty dotyczącej systemu kolejowego podstawowego tunelu św. Gotharda, obszary działania RAMS, LCC i sieci trakcyjne na odcinku szybkiego ruchu ($V > 250$ km/h), okres realizacji: 2006 r. – 2007 r.).
- 2) Kierownik projektu (branża sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych) – odcinek szybkiego ruchu Lizbona – Poroto, odcinek C1. Projekt elektryfikacji odcinka C1 oraz poradnictwo dla konsorcjum w zakresie trasy, nawierzchni kolejowej, planowania przystanków i dworców, dworców do wymijania, budowy mostów i tuneli. Koordynacja zestawienia „techniczne studium trasy”. Poradnictwo z zakresu konstrukcji przekroju i nawierzchni kolejowej dla odcinków szybkiego ruchu o $v_E > 300$ km/h, okres realizacji: sierpień 2008 r. – styczeń 2005 r.
- 3) Koordynator i kierownik projektu (branża sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych) – odcinek szybkiego ruchu Kolonia – Ren/Men. Opracowanie metodyki oceniania kooperantów i jakości konstrukcji budowlanych. Analiza słabych punktów wykonywania robót budowlanych na wszystkich etapach budowy, długość całkowita ok. 180 km ($V \geq 300$ km/h), ogólnie

została oceniona jakość 81 konstrukcji budowlanych, 45 przedsiębiorstw łącznie z opracowaniem programu EDV (okres realizacji: 1999 r. – 2002 r.).

- 4) Koordynator i kierownik projektu (branża sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych) – odcinek szybkiego ruchu Kolonia – Ren/Men, odcinek budowy B. Przeprowadzenie przez generalnego wykonawcę budowy szybkiej kolei ($V \geq 300$ km/h) Kolonia – Ren/Men wraz z dwoma przedsiębiorstwami inżynieryjnymi. Odcinek budowy B stanowi środkową część trasy z Selters do Brechen koło Limburg, główne kierownictwo budowy, nadzór budowlany, kierownictwo planowania i zarządzanie projektem, specjalistyczny, techniczny nadzór budowlany (geodezja, podłoże budowlane, ekologia), nadzorowanie robót – lita nawierzchnia, zarządzanie elementami dodatkowymi (okres realizacji: 1996 r. – 2002 r.)

Pismem z dnia 12 marca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się, iż „użyte w wykazie sformułowania nie pozwalają jednoznacznie przesądzić czy proponowana do pełnienia tej funkcji osoba kierowała w okresie ostatnich dziesięciu lat zespołem ekspertów przygotowującym SW linii kolejowych $V \geq 250$ km/h w części dotyczącej: kolejowych sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych, elektroenergetycznych i elektrotrakcyjnych. Które z projektów zrealizowanych przez zespół ekspertów kierowany przez proponowane do tej funkcji osoby dotyczyły przygotowania SW, zgodnego z zakresem opisanym w pkt 1.1 Części II, dla projektów budowy linii kolejowej dużych prędkości dla $V \geq 250$ km/h? Przedstawienie w wykazie więcej niż jednej osoby na stanowisko koordynatora ds. sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych, elektrotrakcyjnych bez podziału na specjalności nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, która z osób ma pełnić funkcję koordynatora. Prosimy wskazać jedną osobę do pełnienia funkcji koordynatora spełniającą wszystkie wymagania lub określić zakres specjalności, za które odpowiadają poszczególne wskazane osoby”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 1 kwietnia 2009 r.) Odwołujący się stwierdza, że „w wykazie prac wyraźnie wskazał inwestycje, w których koordynatorzy pełnili funkcje kierownicze. Pojęcie „inżynier projektu” należy traktować jako funkcję kierowniczą. Inwestycje wskazane w wykazie prac obejmowały również przygotowanie studium wykonalności”. Zdaniem Odwołującego się, wykonawca może na to stanowisko zaproponować więcej niż jedną osobę, jednak nie więcej niż trzy.

W tych okolicznościach Zamawiający uznał, iż „Koordynator ds. sieci i instalacji – nie spełnia wymagań ze względu na brak informacji o kierowaniu zespołem który wykonał SW” (pismo z dnia 9 kwietnia 2009 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż Zamawiający w sposób uprawniony uznał, iż p. Stefan K. nie spełnia spornego warunku udziału w postępowaniu. Odwołując się

do wcześniejszych rozważań dotyczących studium wykonalności zważyć należy, co następuje:

Projekt nr 1 nie spełnia wymagań, gdyż z opisu przedsięwzięcia nie wynika fakt jego ukończenia, wręcz przeciwnie, należy wyciągnąć wniosek, iż inwestycja jest w toku. Tymczasem, Zamawiający wymagał doświadczenia w kierowaniu zespołem, który opracował (chodzi więc o pracę ukończoną) studium wykonalności. Ponadto, nie sposób stwierdzić, na podstawie zwrotów: „projektant”, „projektowanie”, „planowanie”, że ww. osoba pełniła funkcję kierowniczą. Brak również informacji, iż wskazany projekt dotyczy linii dużych prędkości.

Co do Projektu nr 2 stwierdzić należy, iż p. Stefan K. zasadniczą rolę odgrywał w fazie projektowania, gdzie był zarówno projektantem, jak i kontrolerem projektów. Ponadto, jak wskazuje Odwołujący się, wykonywał czynności doradcze w zakresie instalacji trakcyjnych i zabezpieczających przy planowaniu realizacji. W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, doradztwo nie może być utożsamiane z kierowaniem zespołem. Z opisu projektu nie wynika również, iż dotyczy on linii dużych prędkości.

W zakresie Projektu nr 3 rację należy przyznać Odwołującemu się, iż funkcja inżyniera projektu jest funkcją kierowniczą. Powołana przez Odwołującego się „Czerwona Książka” FIDIC w istocie potwierdza informacje wynikające z Wykazu osób, iż p. Stefan K., sprawował kierownictwo tej części projektu, sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych i elektrotrakcyjnych, jednakże dopiero na etapie realizacji przedsięwzięcia. Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, ze stwierdzenia „oferta dotycząca systemu kolejowego (...), obszary działania RAMS i LCC” nie wynika, iż chodzi o ofertę, której przedmiotem jest sporządzenie studium wykonalności. Powołane analizy mogą być wykorzystywane również na etapie przygotowywania oferty na budowę linii. Zaś, przypisanie p. Stefanowi K. roli jedynie w zakresie współpracy, nie daje podstaw do stwierdzenia pełnienia funkcji kierowniczych.

W odniesieniu do Projektów nr 4 – 6 stwierdzić należy, iż dotyczą one etapu projektowania a nie opracowywania studium wykonalności. Powyższe potwierdza również sam Odwołujący się, który w proteście przyznaje, iż „ww. koordynator kierował zespołem przy projektowaniu włączenia trasy szybkiego ruchu na odcinku Kolonia – Ren/Men na dworcu Kolonia – Deutz, a także przy inwestycjach Transrapid – Monachium i Porto – Lizbona”.

Projekty nr 7 i 8 nie podlegały kwalifikacji, gdyż nie dotyczyły doświadczenia zdobytego w ostatnich 10 latach.

Analizując doświadczenie p. Waltera B., Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Projekt nr 1 nie spełnia wymagań Zamawiającego, z powodów, o których była mowa wyżej, w odniesieniu do Projektu nr 3 wskazanego w ramach doświadczenia p. Stefana K.

Nie ulega wątpliwości, iż w opisie Projektu nr 2 brak wskazania na przygotowanie studium wykonalności. Z opisu przedmiotowego zadania, wynika jedynie, iż udział p. Waltera B. związany jest z przygotowaniem oferty na projekt techniczny. Sam Odwołujący się posługuje się bowiem określeniami, które jednoznacznie na to wskazują, tj. „projekt elektryfikacji”, „poradnictwo w zakresie trasy, nawierzchni kolejowej, planowania przystanków i dworców”, „koordynacja zestawienia „techniczne studium trasy”, „poradnictwo w zakresie konstrukcji przekroju i nawierzchni kolejowej”. Zaś okoliczność, iż w doświadczeniu Odwołującego ujętym w Wykazie usług, Projekt ten (oznaczony nr 1) obejmuje przygotowanie studium wykonalności, projektu wstępnego, konceptu i projektu dla sieci trakcyjnej i prądu kolejowego nie przesądza, że ten zakres doświadczenia należy przypisać osobie p. Waltera B. Wręcz przeciwnie, zawartość informacji przytoczonych w odniesieniu do Projektu nr 2 wskazuje na intencję Odwołującego się, wyspecyfikowania jedynie tych czynności, które indywidualnie można przypisać ww. osobie.

Opis Projektu nr 3 nie wskazuje, że p. Walter B. kierował zespołem, który opracował wymagane studium wykonalności. Fakt, iż Odwołujący się opracował studium wykonalności dla wskazanej inwestycji (co wynika z Wykazu usług) nie oznacza, że przedmiotowe czynności wykonywał p. Walter B.

Projekt nr 4 dotyczy wyłącznie etapu budowy szybkiej kolei („przeprowadzenie przez generalnego wykonawcę budowy szybkiej kolei”). Potwierdza to również zakres zadań przypisanych p. Walterowi B.: „główne kierownictwo budowy, nadzór budowlany, kierownictwo planowania i zarządzania projektem, nadzorowanie robót”.

Ponadto, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący się uprawniony był do przedstawienia dwóch osób na przedmiotowe stanowisko, co znajduje oparcie w postanowieniach Ogłoszenia.

Koordinator ds. eksploatacji linii dużych prędkości powinien legitymować się wykształceniem wyższym i doświadczeniem, przez co najmniej 2 lata łącznie, w ciągu ostatnich 10 lat, w kierowaniu zespołem eksploatacji linii dużych prędkości (Sekcja III.2.3 pkt 1 ppkt 2 lit. e Ogłoszenia o zamówieniu).

Zaproponowana przez Odwołującego się w Wykazie załączonym do wniosku osoba p. Martina W. posiada wykształcenie wyższe i specjalizuje się w zakresie eksploatacji linii dużych prędkości. Ponadto, legitymuje się następującym doświadczeniem zawodowym:

- 1) Główny planista sterowania ruchem pociągów – linia kolejowa wysokiej prędkości Mecheria – El Bayadh. Pöyry jest odpowiedzialna za zaplanowanie i przygotowanie przetargu na całą linię, w tym projekty kolejowe i budowlane, całe wyposażenie

- kolejowe, kompletne instalacje kolejowe sygnalizacyjne, telekomunikacyjne, ETCS oraz 50 Hz, analizę wpływu na środowisko, pomiary i badania geotechniczne oraz instrukcje obsługi i konserwacji (okres realizacji: styczeń 2008 r. – listopad 2008 r.).
- 2) Specjalista ds. taboru kolejowego i elektryfikacji – linia kolejowa wysokiej prędkości Lizbona – Porto. Wstępny projekt elektryfikacji tego odcinka oraz konsultacje w zakresie dostosowania, nawierzchni kolejowej, budowy przystanków, stacji, mijanek, mostów i tuneli, taboru kolejowego oraz we wszystkich sprawach związanych z linią wysokiej prędkości (okres realizacji: sierpień 2004 r. – styczeń 2005 r.).
- 3) Inżynier projektu, specjalista ds. taboru kolejowego (okres pełnienia funkcji: 2004 r. – 2008 r.):
- a) badanie potencjalnych konsekwencji wykolejenia pociągów w wyniku działań przestępczych
 - b) część techniczna ostatecznej oceny projektów metra w Szanghaju i Guangzhou (Bank Odbudowy w Chinach)
 - c) program szkoleń w zakresie kierowników operacyjnych kolei (Słoweńskie Linie Kolejowe)
 - d) wdrożenie kryteriów dopuszczzeń dla liny nośnej kolei wysokiej prędkości (200 km/h) – Zarząd Kolei w Zhengzhou w Chinach
 - e) ocena bezpieczeństwa procedur konserwacyjnych zasilania trakcji (metro i kolej nadziemna w Bangkoku)
 - f) wsparcie projektowe w celu ustalenia bezpiecznego rozwiązania kwestii drzwi osobowych i schodków (Linie kolejowe VIAS)
 - g) kontrola podwozia i ogólnego stanu technicznego szwedzkiej lokomotywy spalinowej do planowanego użytkowania na niemieckich liniach kolejowych
 - h) badanie przyczyn uszkodzenia pantografu i zerwania liny nośnej
 - i) kierownik projektu pomagający poprawić usługi przez połączenie linii metra i skrócenie tuneli
 - j) porównanie różnych typów wagonów towarowych z wagonami konkurencyjnymi
 - k) opracowanie specjalistycznego raportu na temat modyfikacji uchwytów i blokad;
- 4) Główny inżynier ds. elektryfikacji – linia kolejowa wysokiej prędkości Madryt – Cordoba- Sewilla. Czynności: sprawdzenie wymiarowania elementów elektrycznych i całej dokumentacji, przygotowanie zasad testowania zgodności, testy zgodności u producentów, testy zgodności na miejscu linii nośnej i podstacji zasilania trakcji (okres realizacji: 1990 r. – 1992 r.).

5) Inżynier systemu - linia kolejowa wysokiej prędkości Madryt – Cordoba- Sewilla. Opracowanie części technicznej dokumentów kontraktowych na elektryfikację tejże linii (okres realizacji : 1989 r.).

Zamawiający dokonując oceny spełniania wymagań przez Koordynatora ds. eksploatacji linii dużych prędkości uznał, iż „użyte w wykazie sformułowania nie pozwalają jednoznacznie przesądzić czy proponowana do pełnienia tej funkcji osoba kierowała w okresie ostatnich dziesięciu lat, przez dwa lata łącznie, zespołem eksploatacji linii dużych prędkości. Które z wymienionych okresów zatrudnienia dotyczyły kierowania zespołem eksploatacji linii dużych prędkości? Prosimy o uzupełnienie dat zatrudnienia.” (pismo z dnia 12 marca 2009 r.).

Odwołujący się w udzielonej odpowiedzi podkreśla, iż p. Martin W. od stycznia do listopada 2008 r. był głównym planistą sterowania ruchem pociągów na linii kolejowej Mecheria – El Bayadh. W okresie od sierpnia 2004 r. do stycznia 2005 r. był specjalistą ds. taboru kolejowego i elektryfikacji przy budowie linii pomiędzy Lizboną a Porto, ponadto przeprowadzał badanie potencjalnych konsekwencji wykolejeń pociągów. Powyższe zadania należy zakwalifikować jako spełniające wymagania określone w SIWZ” (pismo z dnia 1 kwietnia 2009 r.).

W tych okolicznościach Zamawiający uznał, iż Koordynator ds. eksploatacji – nie spełnia wymagań, z powodu braku doświadczenia w kierowaniu zespołem eksploatacji linii dużych prędkości (pismo z dnia 9 kwietnia 2009 r.).

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Koordynator ds. eksploatacji linii dużych prędkości musi posiadać doświadczenie w kierowaniu zespołem zajmującym się problematyką użytkowania linii dużych prędkości. Chodzi zatem o wykazanie takich projektów, których celem jest zapewnienie właściwego korzystania, zarządzania czy też utrzymania linii kolejowej.

Projekt nr 1 (występujący również jako projekt nr 6) należy uznać za spełniający wymagania Zamawiającego, co w rozstrzygnięciu protestu potwierdza również sam Zamawiający. Stanowi bowiem rozwiązanie problemu sterowania ruchem pociągów. Zaś, określenie „główny planista” wskazuje na pełnienie funkcji kierowniczych.

W zakresie Projektu nr 2 Odwołujący przypisał p. Martinowi W. status specjalisty ds. taboru kolejowego i elektryfikacji. Z powyższego nie wynika fakt kierowania zespołem. I to nie z tego powodu, iż pojęcie „specjalista” w administracji publicznej utożsamiane jest ze stanowiskiem niesamodzielnym. Termin ten definiuje osobę posiadającą dużą wiedzę oraz doświadczenie w jakiejś dziedzinie, fachowca (Słownik współczesnego języka polskiego, wyd. z 1998 r.), jednakże z powyższego nie da się wyprowadzić wniosku, iż doświadczenie to związane jest z pełnieniem funkcji kierowniczych.

Jeśli chodzi o inwestycje realizowane w ramach projektu oznaczonego nr 3 stwierdzić należy, iż niemalże wszystkie dotyczą eksploatacji linii kolejowej, gdzie p. Martin Will pełnił funkcję inżyniera projektu, specjalisty ds. taboru kolejowego (a więc funkcję kierowniczą), zaś jedna, jak wyraźnie wskazano, dotyczy eksploatacji linii kolejowej wysokich prędkości, tj. wdrożenie kryteriów dopuszczeń dla liny nośnej kolei wysokiej prędkości. Jednakże na podstawie opisu tych inwestycji, jak i wyjaśnień, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, w jakim terminie było ono wykonywane, a co za tym idzie, uwzględnienia powyższego w doświadczeniu (w wymiarze czasowym).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Projekt nr 4 spełnia wymagania Zamawiającego. Problem elektryfikacji jest jednym z bardziej istotnych w aspekcie możliwości korzystania z linii kolejowej, ale też jej utrzymania. Stąd, pełnienie funkcji głównego inżyniera ds. elektryfikacji w istocie potwierdza wymóg kierowania zespołem ds. eksploatacji.

Projekt nr 5 nie daje podstaw do stwierdzenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wymóg spełniono. Pojęcie „inżynier systemu” jest zbyt ogólne, żeby wiązać je z eksploatacją. Zaś, na podstawie sformułowania „opracowanie części technicznej dokumentów kontraktowych” nie sposób uznać, iż mamy do czynienia z doświadczeniem w kierowaniu zespołem eksploatacji linii dużych prędkości.

Wykazane doświadczenie jest jednakże wystarczające w świetle postanowień sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt 2 lit. e Ogłoszenia o zamówieniu.

Konkludując, stwierdzić należy, iż choć Zamawiający miał podstawy do uznania, że osoby zaproponowane przez Odwołującego się do pełnienia funkcji Koordynatora Projektu, jak i Koordynatora ds. sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych i elektrotrakcyjnych nie spełniają wymogu w zakresie żądanego doświadczenia, zatem na tej podstawie nie jest możliwe stwierdzenie, iż Odwołujący się dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania jest przedwczesna. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa, wykonawcę który złożył dokumenty nie potwierdzające spełniania określonego warunku, Zamawiający zobowiązany jest wezwać do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem w piśmie z dnia 12 marca 2009 r. Zamawiający, w zakresie wskazanych Koordynatorów, jedynie zażądał wyjaśnień. Sformułował wręcz pytania szczegółowe dotyczące doświadczenia wskazanych osób. W związku z powyższym stwierdzić należy, iż jedynie w sytuacji, w której Odwołujący się, na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskaże nowych osób na sporne stanowiska, które będą spełniały wymóg określonego doświadczenia, wykluczenie z postępowania będzie uzasadnione. Oceny tej nie zmienia fakt, iż Zamawiający w przedmiotowym piśmie, jako podstawę prawną wskazał również przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem w przedmiocie spornego

doświadczenia Koordynatorów, Zamawiający nie sformułował żądania uzupełnienia dokumentów, co uczynił w innym zakresie (np. odpis z rejestru, zaświadczenie naczelnika właściwego urzędu skarbowego, zaświadczenie właściwego oddziału ZUS). W tych okolicznościach uznać należy, iż zarzuty naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, znalazły potwierdzenie.

Przechodząc do kwestii doświadczenia Odwołującego się, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, Zamawiający postawił następujący warunek: w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wykonania co najmniej jednego opracowania Studium Wykonalności linii kolejowej dużych prędkości $V \geq 250$ km/h, o długości linii nie mniejszej niż 100 km, przy czym udział Wykonawcy w realizacji opracowanego SW wynosić powinien co najmniej 50 % realizacji wartości zamówienia (Sekcja III.2.3 pkt 1 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu). Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku, wykonawca winien złożyć wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) studiów wykonalności linii kolejowych dużych prędkości, z podaniem ich wartości wraz z udziałem Wykonawcy (w %), przedmiotu, dat rozpoczęcia i zakończenia wykonania zamówienia i instytucji zlecających oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie.

We wniosku Odwołujący wskazał następujące inwestycje:

- 1) Linia kolejowa Lizbona – Porto (dla prędkości $V \geq 300$ km/h): wykonanie m.in. studium wykonalności linii kolejowej o długości ok. 106 km, udział wykonawcy w realizacji zamówienia: 100%, okres realizacji: 1 czerwiec 2004 r. – 31 grudzień 2008 r.
- 2) Odcinek kolei dużych prędkości Kolonia – Ren/Men: wykonanie m.in. studium wykonalności linii kolejowej dla trasy o długości 115 km (nadzór budowlany dla ok. 65 km, studium wykonalności dla trasy o długości 50 km), udział wykonawcy w realizacji zamówienia: 100%, okres realizacji: 1 stycznia 1990 r. – 31 grudzień 2008 r.
- 3) Alptransit Gotthard Loty Sedrun, Faido, Bodio (dla prędkości $V \geq 250$ km/h): wykonanie m.in. studium wykonalności linii kolejowej o długości ok. 114 km, udział wykonawcy w realizacji zamówienia: 33%, okres realizacji: 1 stycznia 1986 r. – 31 grudzień 2007 r.
- 4) Projekt nowego szlaku Mecheria – El Bayadh (połączenia o dużej prędkości): wykonanie m.in. studium wykonalności linii kolejowej o długości ok. 128 km, udział wykonawcy w realizacji zamówienia: 100%, okres realizacji: 1 kwiecień 2007 r. – 31 marzec 2009 r.

- 5) Szlak Lizbona – Oporto (prędkość 300 km/h): wykonanie m.in. studium wykonalności linii kolejowej o długości ok. 121 km, udział wykonawcy w realizacji zamówienia: 50%, okres realizacji: 1 lipiec 2004 r. – 31 grudzień 2007 r.
- 6) Odcinek Poceirao – Caia (prędkość 350 km/h): wykonanie m.in. studium wykonalności linii kolejowej o długości ok. 167 km, udział wykonawcy w realizacji zamówienia: 50%, okres realizacji: 1 lipiec 2008 r. – 31 październik 2008 r.

Wobec wskazanej treści wniosku oraz referencji Zamawiający powziął wątpliwości i wezwał do złożenia wyjaśnień w następującym przedmiocie (pismo z dnia 12 marca 2009 r.):

a) zakres wykonanych prac:

„Prosimy o jednoznaczne wskazanie, które spośród pozycji wymienionych we Wniosku dotyczą zrealizowanych (zakończonych) SW (autonomicznych lub będących etapem większego projektu), zawierających co najmniej następujący zakres prac: analiza techniczna (w tym: analiza w zakresie drogi kolejowej z obiektami inżynierskimi, analiza w zakresie energetyki trakcyjnej i nietrakcyjnej, analiza w zakresie sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji, analiza popytu i prognozy ruchu, analiza ekonomiczno-finansowa, analiza wpływu na środowisko. Użyte w wykazie i załączonych referencjach sformułowania nie pozwalają zakwalifikować wskazanych we Wniosku pozycji do SW, stąd prosimy o potwierdzenie, które z prac wskazanych w wykazie spełniają wymagania do zakwalifikowania ich jako SW poprzez jednoznaczne wskazanie, że ich zakresem zostały objęte wszystkie analizy wymienione wyżej. Prosimy również o przedstawienie dokumentów potwierdzających ich zakres (np. spis treści SW). Prosimy o uzupełnienie powyższych informacji, w tym również jednoznaczne podanie pozostałych wymaganych informacji dotyczących SW (autonomicznych lub będących etapem większego projektu) takich jak: termin zakończenia (podany w układzie: dzień, miesiąc, rok), prędkość projektowana linii, długość linii oraz % udział wykonawcy w realizacji wartości SW. Przypominamy, że informacje podawane w wykazie zamówień nie mogą być sprzeczne z załączonymi na potwierdzenie ich wykonania dokumentami (referencjami) a także, że załączone do Wniosku i uzupełniane dokumenty składane na potwierdzenie zrealizowania SW winny być wystawione przez zlecających i przetłumaczone na język polski, a ich treść winna jednoznacznie potwierdzać, że przedmiotem zamówienia było należycie wykonane SW.

Zwracamy uwagę, że dla pozycji nr 4 nie dołączono dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac (referencji). W odniesieniu do pozycji nr 1 zwracamy uwagę na niezgodność informacji podanych w wykazie z załączonymi referencjami. Prosimy o uzupełnienie dokumentu referencji wystawionej w języku oryginału potwierdzającego przez zlecających, że usługi w odniesieniu do pozycji 6 zostały wykonane należycie.

b) termin wykonania prac:

„Użyte w wykazie i załączonych referencjach sformułowania nie pozwalają zakwalifikować wskazanej pozycji do zakończonych w tym okresie. Prosimy zatem o jednoznaczne wskazanie daty zakończenia tych prac. Prosimy o jednoznaczne wskazanie, które spośród pozycji opisanych pod numerami 1, 2, 3 i 4 dotyczą SW, zgodnego z zakresem opisanym w pkt 1.1 (autonomicznego lub będącego etapem większego projektu) zrealizowanego w terminie trzech lat przed wszczęciem postępowania, czyli SW zakończonego w okresie od 09.12.2005 r. do 08.12.2008 r. (postępowanie bowiem zostało wszczęte w dniu 09.12.2008 r.). Prosimy zatem o jednoznaczne wskazanie dat zakończenia tych prac”.

c) długość linii:

„Użyte w wykazie i załączonych referencjach sformułowania nie pozwalają jednoznacznie przesądzić jaka była długość linii we wskazanych pozycjach. Prosimy zatem o jednoznaczne określenie tych długości. Prosimy o jednoznaczne wskazanie długości linii opisanych w wykazie pod pozycjami oznaczonymi numerami 2 i 3 o ile były to SW według zakresu wskazanego w pkt. 1.1”.

d) co najmniej 50% udział Wykonawcy w realizacji wartości zamówienia na SW:

„Użyte w wykazie i załączonych referencjach sformułowania nie pozwalają jednoznacznie przesądzić czy warunek ten jest spełniony. Prosimy o jednoznaczne określenie wartości SW i % udział Wykonawcy w wartości dla SW w pozycji 3. Zamawiający żąda wskazania, które spośród pozycji wymienionych we wniosku dotyczą zrealizowanych (zakończonych) SW (autonomicznych lub będących etapem większego projektu), zawierających co najmniej następujący zakres prac: analiza techniczna (w tym: analiza w zakresie drogi kolejowej z obiektami inżynieryjnymi, analiza w zakresie energetyki trakcyjnej i nietrakcyjnej, analiza w zakresie sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji), analiza popytu i prognozy ruchu, analiza ekonomiczno-finansowa, analiza wpływu na środowisko.

W odpowiedzi (pismo z dnia 1 kwietnia 2009 r.) Odwołujący się stwierdził, iż wymaganie powyższych wyjaśnień jest nieuzasadnione na gruncie ustawy Pzp oraz sprzeczne z postanowieniami ogłoszenia o wszczęciu postępowania. W Ogłoszeniu w pkt III 2.3. zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej jednego studium wykonalności linii kolejowych dużych prędkości, o długości nie mniejszej niż 100 km, przy czym udział Wykonawcy w realizacji opracowanego SW wynosić powinien co najmniej 50 % realizacji wartości zamówienia. Określając powyższe wymaganie Zamawiający nie definiował pojęcia "studium wykonalności" oraz nie wskazywał jego niezbędnych składników. W związku z tym, że pojęcie powyższe nie jest znane przepisom prawa powszechnie obowiązującego wykonawcy definiowali je z uwzględnieniem znaczenia, jakie nadano temu pojęciu w języku potocznym oraz literaturze przedmiotu. Najczęściej studium wykonalności składa się z analizy rynku, analizy ekonomicznej, analizy technicznej,

strategicznej. Wykonawca we wszystkich punktach wskazał jednoznacznie, że przedmiotem wykonanych zamówień była realizacja studium wykonalności. Dodatkowo wykonawca wskazał na wykonywanie prac, których zakres wykracza poza studium wykonalności oraz wyszczególnił niektóre prace wchodzące w skład studium

Odnosząc się do żądania dokumentów potwierdzających zakres wykonanych prac, Odwołujący się stwierdził, że żądanie to wybiega poza zakres dokumentów, których może żądać Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, określonych w Rozporządzeniu. W § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 Rozporządzenia prawodawca przewidział m. in. przedłożenie wykazu wykonanych robót, dostaw lub usług oraz dokumentów potwierdzających, że te roboty, dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Odwołujący się zwraca uwagę, że w § 1 ust. 2 Rozporządzenia wymieniono enumeratywnie dokumenty, których może żądać zamawiający, w związku z tym, że w zdaniu wstępnym nie użyto wyrazów "w szczególności" przyjęć trzeba, że katalog ten ma charakter zamknięty.

Odwołujący się stwierdza ponadto, że niezasadne jest żądanie podania jednoznacznych informacji dotyczących: terminu zakończenia inwestycji, procentowego udziału wykonawcy w wykonaniu zamówienia. Dane te zostały podane w odniesieniu do wszystkich zadań wymienionych w Wykazie. Co do zadania określonego pod pozycją nr 4 Odwołujący się wyjaśnił, iż zamówienie jest nadal realizowane, stąd nie jest możliwe przedstawienie referencji.

Zamawiający wskazuje, że w odniesieniu do zadania nr 1 zachodzi niezgodność pomiędzy danymi w wykazie a referencjami. W wykazie wymieniono realizację studium wykonalności, natomiast w referencjach mowa jest o projekcie elektryfikacji oraz wsparciu konsultacyjnym i technicznym w zakresie: projektu trakcji, tuneli, mostów i wiaduktów, taboru kolejowego, pomoc i ogólna współpraca pomiędzy wszelkimi usługami. Użyte w referencjach pojęcia są dość pojemne (pomoc i ogólna współpraca, wsparcie konsultacyjne) i w swoim zakresie zawierają również realizację studium wykonalności. Odwołujący się stwierdza, że referencje są na ogół wydawane po zakończeniu wykonywania zamówienia i nie są wydawane na potrzeby konkretnych postępowań, w związku z czym nieuniknione są pewne rozbieżności pomiędzy treścią takiej referencji a szczegółowym wymaganiem zamawiającego. Istotne jest również to, że referencje mają za zadanie potwierdzić prawidłowe i rzetelne wykonanie zamówienia, a nie stanowią swego rodzaju "zaświadczenia" o zakresie wykonanych robót.

W odniesieniu do zadania nr 6 wykonawca przedłożył referencję, z której wynika, że "konsorcjum projektowe wykazało się kompetencją techniczną, oddaniem i uczciwością w wykonaniu zleconych mu prac."

W odniesieniu do zadania nr 3 wskazano wyraźnie, że terminem zakończenia realizacji usługi przypada na dzień 31 grudnia 2007 r., tj. przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania. Odnosząc się do zadań 1, 2 i 4 Odwołujący się stwierdza, że zadania te stanowiły agregat różnych usług, w skład których wchodziło wykonanie studium wykonalności, wykonanie projektów budowlanych, a niekiedy wykonawstwo. Tak też chronologicznie przebiegały prace w ramach tych inwestycji. W tej sytuacji wszystkie prace odnoszące się do realizacji studium wykonalności zostały zakończone przed dniem wszczęcia postępowania.

Pod pozycją nr 3 wyraźnie wskazano na długość linii (114 km). Odnośnie do zadania nr 2 Odwołujący się wyjaśnił, iż zadanie to obejmowało dwa oddzielne zakresy prac - "realizację studium wykonalności" oraz "nadzór budowlany".

Co wartości udziału wykonawcy w realizacji studium wykonalności, Odwołujący się stwierdza, że w pozycji nr 3 wyraźnie wskazano na udział 33 %.

Wobec treści złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonał następującej oceny (pismo z dnia 9 kwietnia 2009 r):

Projekt nr 1 nie został zakwalifikowany, gdyż jak podaje Zamawiający, treść referencji sprzeczna jest z oświadczeniem na temat zakresu studium wykonalności, a w uzupełnieniu nie przedstawiono dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, nie podano również daty zakończenia projektu.

Projekt nr 2 nie został zakwalifikowany z powodu nieodpowiedniej długości linii, której dotyczy studium wykonalności (poniżej 100 km).

Projekt nr 3 nie został zakwalifikowany ze względu na 33% udział wykonawcy w realizacji projektu.

Projekt nr 4 nie został zakwalifikowany, bowiem podana data zakończenia projektu wskazuje, iż jest on w toku realizacji. Ponadto nie załączono referencji.

Projekt nr 5 został zakwalifikowany i przyznano 1 pkt za długość linii (121 km).

Projekt nr 6 nie został zakwalifikowany, gdyż nie przedstawiono referencji w języku oryginału (załączono jedynie tłumaczenie). Dodatkowo, Zamawiający wskazuje, że projekt obejmował studium na użytek przetargu.

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Rację należy przyznać Odwołującemu się, iż Zamawiający nie jest uprawniony do definiowania pojęć na etapie wezwania do wyjaśnień. Krajowa Izba Odwoławcza nie ma wątpliwości, iż w niniejszym postępowaniu, z takim właśnie zabiegiem mamy do czynienia. Stąd, żądanie przedstawienia dokumentów potwierdzających zakres studium wykonalności, z uwzględnieniem analiz wskazanych w piśmie z dnia 12 marca 2009 r. nie znajduje oparcia w treści Ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający nie

może rozszerzać katalogu dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia spornego warunku. Z treści Ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja III.2.3 pkt 2 ppkt 1) jasno wynika, że należy przedstawić wykaz zrealizowanych studiów wykonalności oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Zatem, domaganie się np. spisu treści studium wykonalności pozostaje nie tylko w sprzeczności ze wskazanymi postanowieniami przedmiotowego Ogłoszenia, ale również przepisami powszechnie obowiązującymi (§ 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia).

Rozważania poczynione wyżej, w przedmiocie studium wykonalności i jego definiowaniu, pozostają aktualne na tle oceny doświadczenia Odwołującego się.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż rozstrzygające znaczenie dla stwierdzenia zrealizowania studium wykonalności o parametrach wymaganych przez Zamawiającego ma oświadczenie wykonawcy.

Odnosząc się do Projektu nr 1, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący się nie potwierdził należytego wykonania studium wykonalności. Brak podstaw do twierdzenia, iż Odwołujący się nie wykonał studium wykonalności dla wskazanego projektu, jednakże z treści referencji nie wynika nawet, że przedmiotowa usługa została w ogóle wykonana. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazuje, iż został sporządzony projekt elektryfikacji oraz, że udzielono wsparcia konsultacyjnego i technicznego w zakresie: projektu trakcji, tuneli, mostów i wiaduktów, taboru kolejowego, udzielono również pomocy, zapewniono ogólną współpracę pomiędzy wszelkimi usługami związanymi z szybką koleją. Konkludując, wystawca referencji oświadcza, iż usługi określone powyżej zostały zrealizowane w sposób profesjonalny, kompetentny, w pełni i w uzgodnionym terminie. Z powyższego wynika, iż wystawca referencji wyraźnie wyspecyfikował rodzaje usług, co do których potwierdził należyte wykonanie i nie ma wśród nich studium wykonalności. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela poglądu Odwołującego się, iż wskazane czynności są określone przez ogólne pojęcia, które obejmują projekt wykonalności. Wręcz przeciwnie, pojęcia te są precyzyjne. Wskazać należy, iż wystawca referencji wskazał, jakie elementy obejmował projekt elektryfikacji, w jakim zakresie Odwołujący się udzielał wsparcia konsultacyjnego i technicznego. Zwrócić ponadto należy uwagę, o czym była mowa wyżej, iż pojęcie studium wykonalności jest znane w Unii Europejskiej, stąd należy wyprowadzić wniosek, że gdyby wystawca referencji miał intencję potwierdzić należyte wykonanie studium wykonalności, z pewnością by to uczynił, posługując się znaną nomenklaturą, jak to uczynił w treści referencji w odniesieniu do innych prac. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż Krajowa Izba Odwoławcza zgadza się z dotychczasową linią orzecniczą, iż brak regulacji w przedmiocie treści referencji, jednakże nie ulega wątpliwości, w świetle przepisu § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia, muszą one potwierdzać, iż usługi wskazane przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia zostały wykonane należycie. W niniejszym

postępowaniu, Odwołujący się nie miał obowiązku potwierdzenia wszystkich usług wymienionych w Wykazie, a jedynie tych których wykonania Zamawiający żądał w celu potwierdzenia spornego warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem, w odniesieniu do Projektu nr 1 referencja nie potwierdza należytego wykonania studium wykonalności, a inne usługi wymienione w Wykazie. Okoliczność, iż referencja jest zazwyczaj wystawiana po realizacji zadania i nie obejmuje z natury całości wykonanych prac, w niniejszym stanie faktycznym nie zasługuje na uwzględnienie, z przyczyn o których była wyżej, jak również z uwagi na fakt, iż została wystawiona po półrocznej realizacji przedmiotu zamówienia (dnia 21 stycznia 2005 r.). Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż Odwołujący się wbrew postanowieniom Ogłoszenia o zamówieniu nie podał daty zakończenia projektu. Skoro na dzień 21 stycznia 2005 r. wystawca referencji potwierdził wykonanie prac projektowych (a więc prac wykonywanych po opracowaniu studium wykonalności), nie sposób dać wiary twierdzeniom Odwołującego się, zawartym w piśmie z dnia 1 kwietnia 2009 r., iż studium wykonalności zostało zakończone w okresie od 9 grudnia 2005 r. do 8 grudnia 2008 r. Stąd, przyznać należy, iż Zamawiający był uprawniony do niezakwalifikowania przedmiotowego projektu do wymaganego doświadczenia.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej również Projekt nr 2 nie spełnia wymagań Zamawiającego. W Wykazie usług wykonawca zawarł sprzeczne oświadczenia. Z jednej strony twierdzi, iż wykonał studium wykonalności dla odcinka o długości 115 km, z drugiej zaś, iż projekt i nadzór budowlany dotyczył ok. 65 km trasy, a studium wykonalności dla trasy 50 km. Argumenty zaprezentowane przez Odwołującego się nie znajdują oparcia ani w treści przedmiotowego Wykazu, a tym bardziej w treści referencji. Wystawa referencji wyraźnie wskazuje, iż studium wykonalności zostało sporządzone dla odcinka 50 km. Twierdzenie, iż w pojęciu „projektowanie” mieści się wykonanie studium wykonalności nie znajduje uzasadnienia. Jak wynika z treści referencji, ich wystawca w sposób precyzyjny posługuje się używaną nomenklaturą.

Projekt nr 3, ze względu na udział Odwołującego się, w realizacji wskazanego przedsięwzięcia, wynoszący poniżej 50%, nie spełnia wymagań Zamawiającego.

W odniesieniu do Projektu nr 4 wskazać należy, że ze względu na fakt, iż inwestycja jest w toku realizacji, nie było możliwe jego pozytywne zweryfikowanie w świetle postanowień Ogłoszenia o zamówieniu.

Projekt nr 5 został zweryfikowany pozytywnie i w tym względzie Odwołujący się nie zgłaszał zastrzeżeń.

Projekt nr 6 nie został sklasyfikowany z przyczyn formalnych. Bezsporne jest, iż Odwołujący się nie dołączył referencji, w języku w którym została sporządzona. Dołączył jedynie jej tłumaczenie. Sam Odwołujący się przyznaje (w treści protestu), iż „Zamawiający w ogłoszeniu wymagał, aby dokumenty w języku obcym zostały złożone wraz z tłumaczeniem”,

stąd żądanie Odwołującego się, iż należy przyjąć, że złożył referencję w języku polskim jest absurdalne. Nie sposób oczekiwać, iż Zamawiający tłumaczenie dokumentu zakwalifikuje jako dokument, sporządzony właśnie w tym języku (w oryginale).

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza podziela opinię Zamawiającego, iż Odwołujący się wykazał się doświadczeniem, o którym mowa w Sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, aczkolwiek brak podstaw do uznania, iż poza Projektem nr 5, którykolwiek z pozostałych projektów spełnia wymagania Zamawiającego.

Odwołujący się nie wskazał okoliczności faktycznych świadczących o naruszeniu przepisu art. 60d ust. 1 ustawy Pzp, stąd brak podstaw do rozstrzygnięcia w tym przedmiocie.

Analogiczne stwierdzenie należy odnieść do zarzutu naruszenia przepisu art. 48 ust. 2 w zw. z art. 60c ustawy Pzp. Ponadto należy wskazać, iż zarzuty dotyczące treści Ogłoszenia należy uznać za spóźnione i jako takie, pozostają bez rozpoznania.

Zarzuty naruszenia przepisu art. 25 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1 i 2 Rozporządzenia należy uznać za spóźnione. Termin na ich zgłoszenie zaczynał bieg z dniem wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, tj. od dnia 12 marca 2009 r. Jednakże stwierdzić, iż w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać jedynie uzupełnienia tych dokumentów, których wcześniej wymagał, celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, iż w Ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający na potwierdzenie warunku doświadczenia wymagał jedynie Wykazu usług i referencji, zatem żądanie jakichkolwiek dodatkowych dokumentów, zarówno w świetle postanowień Ogłoszenia o zamówieniu, jak i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy uznać za nieuprawnione.

Zarzut naruszenia przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp został postawiony w sposób wadliwy. Adresatem normy zawartej we wskazanym przepisie nie jest Zamawiający, zatem brak możliwości stwierdzenia naruszenia przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

B. Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 622/09.

W dniu 20 kwietnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec prowadzenia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego oraz wobec czynności wykluczenia

Odwołującego się z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 60a i 60b, art. 134, art. 26 ust. 4, art. 180 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 3 i wnosząc o unieważnienie postępowania, alternatywnie o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania i powtórzenie czynności badania oraz oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, uznanie wniosku Odwołującego się, jako spełniającego wszelkie warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający nie był uprawniony do prowadzenia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, ponieważ postępowanie należy zakwalifikować jako tzw. zamówienie sektorowe, co wyklucza możliwość jego zastosowania. Tym samym postępowanie powinno zostać unieważnione, jako obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W postępowaniu Zamawiający występuje jako podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4, tj. jako podmiot udzielający zamówienia w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w którym jednostka sektora finansów publicznych w postaci organu administracji rządowej, tj. Ministra Skarbu Państwa, w sposób bezpośredni posiada ponad połowę udziałów albo akcji. Kategoria ta określana jest w doktrynie oraz prawie wspólnotowym jako przedsiębiorstwo publiczne. W przypadku, gdy przedsiębiorstwa publiczne wykonują jedną z działalności określonych w art. 132 ustawy Pzp, a zamówienie jest udzielane w celu wykonywania takiej działalności, prowadzą one procedurę udzielenia zamówienia publicznego na podstawie przepisów rozdziału 5 ustawy Pzp. Kwalifikację podmiotu takiego jak Zamawiający, jako przedsiębiorstwa publicznego potwierdzają poniższe okoliczności: Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 9 grudnia 2008 r. zmieniająca załączniki do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie wykazów podmiotów zamawiających i instytucji zamawiających w art. 1 pkt 4 wprowadza zmianę do załącznika IV dyrektywy 2004/17/WE w zakresie wykazu podmiotów zamawiających zobowiązanych do stosowania dyrektywy, a co za tym idzie również ustawy Pzp. Załącznik IV decyzji KE zawiera otwartą listę podmiotów zamawiających w zakresie usług kolejowych, a więc podmiotów zamawiających wykonujących działalność określoną w art. 5 dyrektywy 2004/17/WE, którego odpowiednikiem jest art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W załączniku IV decyzji KE wśród podmiotów polskich jest wskazany Zamawiający. Równocześnie Odwołujący się wskazuje, że w art. 2 pkt 1 decyzji KE wprowadzającym zmianę do załącznika III do dyrektywy 2004/18/WE określającego wykaz podmiotów (instytucji) prawa publicznego (podmiotów, o

których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) nie wymieniono Zamawiającego, podobnie zresztą jak żadnego innego podmiotu, który prowadzi działalność sektorową.

Analiza Ogłoszenia o zamówieniu wskazuje ponadto, że kwalifikuje się on jako przedsiębiorstwo publiczne, co potwierdza zapis w sekcji I pkt 1.2 („Spółka prawa handlowego ze 100 % udziałem Skarbu Państwa, Transport kolejowy, zarządzanie liniami kolejowymi”).

Dodatkowo sam Zamawiający wydaje kwalifikować się jako przedsiębiorstwo publiczne, co sugeruje załącznik do Uchwały nr 224/2008 przyjętej przez Zarząd Zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2008 r. zmienionej Uchwałą nr 381/2008 z dnia 7 lipca 2008 r. Załącznik do Uchwały stanowi "Regulamin udzielania zamówień przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na dostawy, usługi oraz roboty budowlane, do których nie ma zastosowania ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych." Regulamin wskazuje w § 1 ust. 1, że ma on zastosowanie do zamówień na dostawy, usługi oraz roboty budowlane, do których nie ma zastosowania ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z § 4 ust. 3 pkt 1 Regulaminu, Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdy wartość zamówienia nie przekracza równowartości 100 000 euro, a do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych co najmniej 3 wykonawców zapewniających konkurencyjność postępowania. Tymczasem ustawa Pzp w sytuacji zamówień, które są udzielane przez podmioty inne niż przedsiębiorstwa publiczne albo podmioty wykonujące działalność na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych nie zezwala na swobodną decyzję zamawiającego odnośnie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia w sytuacji postępowań, których wartość jest równa lub przekracza równowartość 14 000 euro.

Należy założyć, że przyjmując Regulamin, Zarząd Zamawiającego świadomie i zgodnie z prawem sklasyfikował się jako przedsiębiorstwo publiczne, zobowiązane do stosowania przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 3 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli jako zamawiający sektorowy.

Przedmiotem postępowania jest opracowanie studium wykonalności dla budowy linii kolejowej dużych prędkości Wrocław/Poznań -Łódź -Warszawa. Nie budzi wątpliwości fakt, że studium wykonalności jest bezpośrednio związane z działalnością sektorową, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że do działalności tej należy zaliczyć zarządzanie infrastrukturą kolejową w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789 ze zm). Ustawa ta za zarządzanie uznaje m.in. budowę i utrzymanie infrastruktury kolejowej.

Dodatkowo należy wziąć pod uwagę wspólnotowy kontekst przyjętej w ustawie Pzp regulacji, w szczególności postanowienia art. 5 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE odnoszącego

się do udostępniania i obsługi sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejowego. Biorąc pod uwagę cel regulacji nie ulega wątpliwości, że zakresem zamówień sektorowych są objęte zamówienia bezpośrednio dotyczące przedmiotu tej działalności (modernizacja istniejącej sieci), jak również zamówienia związane funkcjonalnie z tą działalnością (opracowanie studium wykonalności dla budowy linii kolejowej).

Potwierdza to również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej jako "ETS"), który wskazuje, że stosowanie przepisów dyrektywy sektorowej zależy od rodzaju działalności wykonywanej przez danego zamawiającego oraz od związków między tą działalnością a zamierzonym przez zamawiającego zamówieniem. Jeśli wykonuje on działalność dotyczącą obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego i planuje w ramach wykonywania takiej działalności udzielić zamówienia na usługi, roboty budowlane lub dostawy, powinien to zrobić zgodnie z procedurami przewidzianymi w dyrektywie 2004/17/WE (ETS z dnia 16 czerwca 2005 r. w połączonych sprawach C-462f03 i C-463/0S, pkt 34 i nast.).

ETS odpowiadając na pytanie sądu krajowego wskazuje, że założenie zgodnie z którym roboty budowlane dotyczące infrastruktury kolejowej miałyby nie należeć do przedmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy jest błędne. Trybunał podkreślił, że stosowanie dyrektywy zależy w istocie od działalności wykonywanej przez dany podmiot zamawiający, jak też od związków między tą działalnością a zamierzonym przez ten podmiot zamówieniem.

Potwierdza to również kolejny wyrok ETS, w którym wyraźnie stwierdza się, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału, dyrektywie 2004/17/WE podlegają zamówienia udzielane w zakresie jednego z rodzajów działalności, o których jest wyraźnie mowa w art. 3-7 dyrektywy, a także zamówienia, które choć mają inny charakter i mogłyby więc same w sobie być normalnie objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 2004/18/WE, służą prowadzeniu działalności, o której mowa w dyrektywie 2004/17/WE (ETS z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06, pkt 57).

Dodatkowo sam Zamawiający, mimo że nie wskazuje bezpośrednio na charakter zamówienia jako sektorowego (opublikowane ogłoszenie dotyczy tzw. zamówienia klasycznego), to pośrednio słusznie uznaje, że zamówienie jest zamówieniem sektorowym wskazując w Sekcji II pkt II.1.7 Ogłoszenia, że nie jest ono objęte Porozumieniem w sprawie Zamówień Rządowych (GPA). Tymczasem GPA nie są objęte zamówienia sektorowe udzielane przez przedsiębiorstwa publiczne w zakresie działalności objętej art. 5 dyrektywy 2004/17/WE.

Przepisy rozdziału 5 ustawy Pzp w sposób wyczerpujący regulują katalog możliwych do zastosowania trybów udzielenia zamówienia sektorowego. Zgodnie z art. 134 ust. 1

ustawy Pzp podstawowymi trybami są: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony oraz negocjacje z ogłoszeniem. W wyjątkowych przypadkach, określonych odpowiednio w art. 134 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający może skorzystać z trybu negocjacji bez ogłoszenia lub trybu zamówienia z wolnej ręki. Ustawa nie przewiduje w ogóle możliwości prowadzenia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego w przypadku zamówień sektorowych, co jednoznacznie wyklucza możliwość zastosowania tego trybu (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp). Tryb ten dostępny jest wyłącznie w przypadku udzielania tzw. zamówień klasycznych na zasadach określonych w Dziale II Rozdziale 3 ustawy Pzp. Przyjęcie rozwiązania, które nie dopuszcza możliwości stosowania trybu dialogu konkurencyjnego przy udzielaniu zamówień sektorowych wynika z implementacji postanowień dyrektyw 2004/17/WE. Nie przewiduje ona w ogóle trybu dialogu konkurencyjnego. Dodatkowo należy podkreślić, że zgodnie z art. 29 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE zamawiający mogą korzystać z procedury dialogu konkurencyjnego wyłącznie w sytuacji, gdy Państwo Członkowskie przewidzi taką możliwość w swoich przepisach krajowych. Ustawodawca polski skorzystał z takiej możliwości wyłącznie w stosunku do tzw. zamówień klasycznych. Zamawiający sektorowy prowadząc zatem postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego narusza przepisy rozdziału 5 ustawy Pzp, ponieważ prowadzi je w trybie, który nie jest przewidziany właściwymi przepisami prawa. tj. art. 134 ust. 1. ust. 5 lub ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie, który nie jest przewidziany we właściwych dla przedmiotu tego postępowania przepisach ustawy Pzp, powinien je unieważnić. Podstawą do unieważnienia jest art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nakazujący zamawiającemu unieważnić postępowanie, gdy jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 146 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp nieważnością bezwzględną dotknięta będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego, którą ewentualnie zamawiający zawrze wskutek dokonania przez siebie wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy. Nie budzi wątpliwości fakt, że prowadzenie postępowania w trybie, który nie jest przewidziany przepisami ustawy Pzp stanowi jej rażące naruszenie.

Niezależnie od podniesionych zastrzeżeń, Odwołujący się podkreśla, iż nawet w przypadku błędnego zakwalifikowania Zamawiającego jako zamawiającego zobowiązanego do udzielania zamówień zwanych klasycznymi, Zamawiający nie był uprawniony do prowadzenia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, ponieważ przedmiotowe postępowanie nie wypełnia przesłanek, o których mowa w art. 60b ustawy Pzp. Przesłanka dotycząca kryterium oceny ofert nie tylko w oparciu o cenę, wydaje się zostać spełniona, co wynika z treści Ogłoszenia. Należy więc przeanalizować przesłankę pierwszą. W tym celu konieczne jest odwołanie się do przepisów dyrektywy 2004/18/WE, co jest tym bardziej uzasadnione, że przedmiotowe zamówienie jest współfinansowane ze środków POLiŚ, czyli

ze środków pochodzących z budżetu UE, co wynika z treści Ogłoszenia. Zgodnie z art. 1 ust. 11 lit. c w zw. z art. 29 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE zamawiający ma prawo skorzystania z dialogu konkurencyjnego wyłącznie w sytuacji "szczególnie złożonych" zamówień. Za "szczególnie złożone" uważa się zamówienia, w przypadku których zamawiający: nie może obiektywnie określić środków technicznych, zgodnie z art. 23 ust. 3 lit. b, c lub d, umożliwiających zaspokojenie jego potrzeb lub realizację celów, lub nie może obiektywnie określić struktury prawnej lub finansowej projektu. Przyjmuje się, że o zamówieniu szczególnie złożonym pod względem technicznym możemy mówić w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie opisać, czy to za pomocą specyfikacji technicznych czy też poprzez wymagania funkcjonalne przedmiotu zamówienia lub też w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie określić, które z dostępnych rozwiązań technicznych będzie najbardziej odpowiadało potrzebom związanym z realizacją zamówienia. Natomiast, jeśli chodzi o zamówienia szczególnie złożone pod względem struktury prawno-finansowej, z takimi przypadkami najczęściej będziemy mieć do czynienia w projektach realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

W postępowaniu możemy mieć do czynienia jedynie z pierwszą przesłanką, tj. brakiem obiektywnej możliwości opisu przedmiotu zamówienia za pomocą instrumentów przewidzianych w art. 30 i 31 ustawy Pzp. Przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na usługi, więc art. 31 ustawy Pzp nie będzie miał zastosowania.

Zgodnie z art. 30 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1-3, tj. poprzez odniesienie do szczegółowych norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych, które mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko. Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia dysponował takimi dokumentami i analizami, jak np. "Wstępne studium wykonalności budowy linii dużych prędkości Wrocław/Poznań- Łódź - Warszawa", "Program budowy i uruchomienia przewozów Kolejami Dużych Prędkości w Polsce", "Prognoza oddziaływania na środowisko Programu budowy i uruchomienia przewozów Kolejami Dużych Prędkości w Polsce". Zamawiający posiada również bogate doświadczenie związane z zamówieniami dotyczącymi wykonania studium wykonalności poprzedzającego budowę lub modernizację konwencjonalnych linii kolejowych. Wskazane wyżej analizy i doświadczenia, jak również przykłady innych krajów europejskich, w których koleje dużych prędkości były już budowane, mogły zostać z powodzeniem wykorzystane do precyzyjnego zdefiniowania wymagań funkcjonalnych przedmiotu zamówienia. Dodatkowym ułatwieniem dla zamawiającego w tym zakresie powinien być fakt, iż ramy i zakres studium wykonalności są precyzyjnie zdefiniowane dla projektów współfinansowanych ze środków unijnych w ramach

odpowiedniego programu operacyjnego, tj. Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013. Dokonanie funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia było więc bez wątpienia możliwe, czego dowodzi m.in. opis zamieszczony przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Przepisem m.in. art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek wskazywania (w przesyłanym wykonawcom zawiadomieniu o ich wykluczeniu z postępowania) podstawy prawnej i faktycznej, które legły u podstaw podjętej przez zamawiającego decyzji. W przesłanym piśmie opatrzonym datą 9 kwietnia 2009 r., Zamawiający poinformował Odwołującego się o wykluczeniu z postępowania. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający nie przywołał żadnych przepisów ustawy Pzp, co więcej opis stanu faktycznego uzasadniającego rzekomo podstawę faktyczną podjętej przez Zamawiającego decyzji został dokonany bez wymaganej przy tego typu czynnościach staranności. Zatem, Odwołujący się stwierdza, że informacja nie czyni zadość nałożonemu na Zamawiającego obowiązkowi w postaci wskazania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego.

Celem potwierdzenia spełnienia tzw. warunku podmiotowego udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli do złożenia m.in. dokumentów wystawionych przez naczelnika właściwego oddziału ZUS lub KRUS, iż nie zalegają z uiszczaniem składek na ubezpieczenia społeczne oraz zdrowotne lub że uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Dokument potwierdzający powyższy warunek winien być zostać wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu skądlnia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wypadku wykonawców posiadających swoje siedziby lub miejsca zamieszkania poza granicami RP potwierdzeniem spełnienia podmiotowego warunku w powyższym zakresie było złożenie dokumentu wystawionego w państwie, w którym wykonawcy ci posiadają swoje siedziby lub miejsca zamieszkania, poświadczającego, iż wykonawca nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Czyniąc zadość powyższemu obowiązkowi Zamawiającego, Odwołujący się dołączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument wystawiony 7 stycznia 2009 r. przez INPS -INAIL (INPS -to Krajowy Zakład Ubezpieczeń Społecznych, z kolei INAIL -to Krajowy Zakład Ubezpieczeń od Nieszczęśliwych Wypadków). Dokument ten jest jedynym dokumentem wydawanym na terenie Republiki Włoskiej w celu poświadczenia, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne. Bezpodstawne jest zatem przypuszczenie

Zamawiającego, iż dokument ten został wystawiony jedynie przez INAIL, skoro dokument ten opatrzony został akronimami obu instytucji, a nazwa tego dokumentu (Documento Unico di RegolańS Contributiva -OURC -Dokument Łączny o Niezaleganiu ze Składkami Ubezpieczeniowymi) nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż pochodzi on od obu instytucji. Niezależnie od powyższego, iż Zamawiający pismem z dnia 12 marca 2009 r. wezwał Odwołującego się do uzupełnienia dokumentu poświadczającego brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, bowiem stwierdził, iż "na zaświadczeniu w miejscu Krajowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych napisano, że Wykonawca nie przedstawił danych." Odwołujący się wyjaśnia, że zawarta w powyższym dokumencie wzmianka o braku danych nie dotyczy zaniechania członka Konsorcjum, tj. włoskiej spółki Italferr S.p.A., jak błędnie założył to Zamawiający. Na marginesie Odwołujący się podnosi, że jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie winien był skorzystać z przysługującego Zamawiającego uprawnienia i wezwać Odwołującego się do złożenia wyjaśnień, a nie błędnie zakładać, iż to spółka Italferr S.p.A. nie dołożyła należytej staranności poprzez swoje rzekome zaniechanie. Wzmianka, która stała się przyczynkiem zanegowania prawidłowości złożonego dokumentu była spowodowana nieprzekazaniem danych przez INPS, do czego zresztą ów urząd był uprawniony w myśl stosownych regulacji obowiązujących w Republice Włoskiej. Należy bowiem wyjaśnić, że zgodnie z regulacjami przyjętymi przez INPS oraz INAIL brak przekazania danych oznacza, iż organ nie wnosi żadnych zastrzeżeń w stosunku do rzetelności związanej z opłacaniem składek przez podmiot wnioskujący o zaświadczenie (składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne). Powyższe potwierdza również oświadczenie złożone przez INPS z dnia 16 kwietnia 2009 r., zgodnie z którym w dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spółka Italferr S.p.A. spełniała warunek udziału w postępowaniu

W zakresie zaświadczenia, iż w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia związane z uczciwością oraz prawością członków organów zarządzających osobami prawnymi lub wspólników spółek nieposiadających osobowości prawnej, wykonawcy obowiązani byli przedstawić zaświadczenia wystawione przez stosowne organy, a w razie niemożliwości wystawienia tychże zaświadczeń do złożenia oświadczeń, iż powyższe osoby nie były karane w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 -9 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku członkowie zarządu hiszpańskiej spółki Ineco Ingenierla y Economia del Transporte, S.A. złożyli oświadczenia z podpisami notarialnie poświadczonymi, iż żaden z członków zarządu powyższej spółki nie był nigdy karany za przestępstwa, o których mowa w powołanym przepisie ustawy Pzp. Złożenie powyższych oświadczeń winno być oceniane przez Zamawiającego pod kątem panującego w Królestwie Hiszpanii systemu udzielania zamówień publicznych. Wskazać należy, iż w

Królestwie Hiszpanii funkcjonuje system prekwalfikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tym celu funkcjonują odpowiednie wykazy rejestracyjne i klasyfikacyjne. Podzielone one zostały na szereg grup oraz podgrup działalności wymagających różnych poziomów kwalifikacji w oparciu o kryteria zdolności prawnej, wypłacalności, potencjału technicznego oraz zawodowego. Wpisanie podmiotu gospodarującego do odpowiedniego rejestru oznacza, że spełnia on wszelkie warunki udziału w postępowaniu, w tym podmiotowe. Regulacje związane z udzielaniem zamówień publicznych w Królestwie Hiszpanii są w pełni zharmonizowane z Dyrektywami: tzw. Klasyczną, Sektorową oraz Odwoławczą. Tym samym, w Królestwie Hiszpanii, podobnie jak i w regulacjach obowiązujących na terenie RP, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się jedynie tacy wykonawcy, których urzędujący członkowie organów zarządzających osób prawnych lub wspólnicy spółek osobowych nie byli karani za przestępstwa związane z wykonywaniem działalności zawodowej. Innymi słowy podmiot, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego w Królestwie Hiszpanii winien zostać wpisany do odpowiedniego rejestru. Z kolei by się tam znaleźć musi udowodnić, iż nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki, które wykluczają ów podmiot z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawiając wszystkie wymagane prawem dokumenty.

Nie budzi najmniejszej wątpliwości, iż spółka Ineco Ingenieria y Economia dei Transporte, S.A. w dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu figurowała w rejestrze wykonawców uprawnionych do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Junta Consultiva de Contratacion Administrativa podlegającej hiszpańskiemu Ministerstwu Gospodarki i Skarbu. Powyższy rejestr jest publicznie dostępny i każdy zainteresowany podmiot jest w stanie dokonać stosownej weryfikacji.

Złożone przez spółkę oświadczenia należy zatem interpretować jako dodatkowe zapewnienie Zamawiającego, iż nie istnieją wobec spółki przesłanki uzasadniające wykluczenie jej z postępowania. Ponadto, skoro wiarygodność, potencjał techniczny, ekonomiczny spółki, prawość i uczciwość członków Zarządu spółki nie zostały zakwestionowane w Królestwie Hiszpanii, to tym bardziej nie ma żadnych podstaw, przy jednolitych regulacjach w zakresie udzielania zamówień publicznych obowiązujących w RP by kwestionować zdolność do wykonania zamówienia przez instytucje udzielające zamówienia na terenie RP. Zamawiający winien pamiętać, że celem dokonywania weryfikacji oraz oceny złożonych wniosków jest zbadanie, czy podmiot daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2009 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w ten sposób, że w zakresie zarzutu nr 1 protest odrzucił jako wniesiony po terminie, a nadto całkowicie bezzasadny, odnośnie zarzutu nr 2 protest oddalił.

W odniesieniu do zarzutu zastosowania niewłaściwego trybu, Zamawiający wskazuje, że Odwołujący się wiedzę o zastosowaniu przez Zamawiającego trybu dialogu konkurencyjnego powziął, a przynajmniej mógł powziąć, już w dniu 9 grudnia 2008 r., gdyż w tym dniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Ogłoszenie o zamówieniu. Zamawiający zastosował formularz Ogłoszenia o zamówieniu przewidziany do publikacji ogłoszeń o zamówieniach „klasycznych”. W Sekcji IV ogłoszenia Zamawiający wskazał dialog konkurencyjny jako tryb, w jakim prowadzone jest przedmiotowe postępowanie. Stąd, zarzut podniesiony w proteście, a dotyczący zastosowanego trybu jest spóźniony i jako taki spotkał się z odrzuceniem w rozstrzygnięciu dokonany przez Zamawiającego.

Zamawiający zauważa jednakże, że zastosowanie przez niego trybu dialogu konkurencyjnego jest w pełni legalne i uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Obszerne uzasadnienie wyboru tego trybu zostało zawarte w protokole postępowania (w pkt 3 części ogólnej protokołu).

Słuszność ma Odwołujący się, że Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe (PKP PLK) realizując zamówienie sektorowe na podstawie przepisów Działu III Rozdziału 5 ustawy Pzp, co do zasady nie ma możliwości zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego odnośnie zamówień zakwalifikowanych jako sektorowe w rozumieniu art. 132 ust. 1 Pzp. Jednakże z uwagi na fakt, że podstawą przeprowadzenia postępowania jest art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający nie miał prawa zastosowania przepisów sektorowych. PKP PLK, co do zasady, jest zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp zobowiązanym do stosowania tej ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego PKP PLK jest zamawiającym sektorowym, o ile realizuje zamówienie w celu prowadzenia działalności, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. w celu obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego. Jednakże zgodnie z treścią przepisu zawartego w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp umiejscowionego w Rozdziale 5 Działu III -Przepisy szczególne -Zamówienia sektorowe, przepisy tego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych w celu wykonywania jednego z wymienionych w tym przepisie rodzajów działalności przez zamawiających, o których mowa w art.3 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zastrzeżenie to powoduje, że PKP PLK udzielając zamówienia sektorowego w sytuacjach objętych tym zastrzeżeniem ma obowiązek stosowania ustawy Pzp na zasadach ogólnych, czyli w taki sam sposób jak tzw. zamawiający klasyczny.

PKP PLK ma obowiązek stosowania ustawy Pzp na zasadach ogólnych, jeżeli łącznie spełnione są następujące okoliczności wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W

postępowaniu mamy do czynienia ze spełnieniem wszystkich trzech przesłanek. Zamówienie będące przedmiotem postępowania jest finansowane w ponad 50% ze środków publicznych, jego szacunkowa wartość przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a przedmiotem zamówienia jest usługa związana z robotami obejmującymi wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej. Zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych obiektami inżynierii lądowej są m.in.: drogi szynowe kolejowe, bocznice, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego takie jak stacje, stacje postojowe, stacje rozrządowe itp., urządzenia i instalacje do sterowania ruchem kolejowym -teletechniczne, informatyczne, energetyczne, oświetleniowe itp., co oznacza, że linia kolejowa dużych prędkości Wrocław/Poznań -Łódź -Warszawa jest niewątpliwie obiektem inżynierii lądowej.

W tej sytuacji Zamawiający, będąc podmiotem zobowiązanym do zastosowania - celem przeprowadzenia Postępowania na zasadach klasycznych, miał możliwość wyboru trybu dialogu konkurencyjnego, pod warunkiem, że istniały okoliczności spełniające wskazane w ustawie Pzp przesłanki wyboru tego trybu (art. 60b ustawy Pzp). Przedmiotem zamówienia jest wykonanie studium wykonalności dla budowy nowej linii kolejowej dużych prędkości Wrocław/Poznań -Łódź -Warszawa. Przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego było niemożliwe, bowiem wymagało sporządzenia i przekazania wykonawcom precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia bądź jeszcze przed wszczęciem postępowania (przetarg nieograniczony), bądź niezwłocznie po

przeprowadzeniu wstępnej kwalifikacji wnioskodawców (przetarg ograniczony). Tymczasem stan dostępnej w Polsce wiedzy, a w szczególności brak doświadczeń w realizacji tak skomplikowanych przedsięwzięć, stanowił istotną przeszkodę dla opracowania wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego główne okoliczności, tj. fakt, że postępowanie dotyczy nowego, nieznanego technicznie i technologicznie systemu kolei dużych prędkości, odmiennego od rozwiązań stosowanych dla linii klasycznych, a także brak doświadczeń w organizacji i realizacji tak nowatorskiego i kosztownego przedsięwzięcia, w tym także w zakresie inżynierii finansowej, wyczerpują przesłanki wskazane w art. 60b ustawy Pzp i tym samym wystarczająco uzasadniły potrzebę uzyskania brakujących informacji w trakcie dialogu konkurencyjnego od wykonawców posiadających doświadczenie w opracowywaniu tego typu studiów wykonalności.

Ponadto Zamawiający wybrał tryb dialogu konkurencyjnego w postępowaniu z następujących względów:

Realizowane dotychczas przez Zamawiającego studia wykonalności dotyczyły projektów modernizacji linii (a nie budowy nowej linii o znacznej długości - ok. 540 km), gdzie zagadnienia trasowania linii w terenie i jej wpływ na środowisko, inżynierii finansowej z

uwzględnieniem kapitału prywatnego czy struktury prawno-organizacyjnej przedsięwzięcia o takiej skali nie były analizowane. Opracowanie studium wykonalności dla budowy nowej linii w nowej, nieznannej w Polsce technologii i nowej formule finansowo-organizacyjnej jest przedsięwzięciem bardzo skomplikowanym, nie mającym precedensu w warunkach polskich. Dokument ten nie będzie, jak w projektach modernizacyjnych, jednym z wielu załączników do wniosku o dofinansowanie, ale stanie się kluczowym dokumentem dla realizacji całego projektu i będzie przedmiotem dogłębnej analizy najwyższych gremiów państwowych, konsultacji społecznych i podstawą w negocjacjach na temat finansowania projektu.

W Polsce nie zbudowano dotychczas nawet krótkiego odcinka linii dużych prędkości, stąd zagadnienia projektowania, budowy, eksploatacji i utrzymania linii dużych prędkości znane są jedynie z literatury fachowej, a nie z praktyki.

W Polsce brak jest standardów i przepisów dotyczących projektowania, budowy, eksploatacji i utrzymania linii dużych prędkości.

Ze względu na prekursorski i złożony charakter przedsięwzięcia, Zamawiający na obecnym etapie nie może jednoznacznie i definitywnie opisać wszystkich zagadnień, które muszą być przeanalizowane w studium wykonalności.

Oдноśnie drugiej przesłanki wskazanej w art. 60b ustawy Pzp, cena nie może być jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ ocena aspektów merytorycznych będzie miała istotny wpływ na jakość opracowania studium wykonalności, jak i podejmowane na jego podstawie decyzje.

Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że wg wiedzy Zamawiającego, także inne podmioty dokonując zamówień w sferze szeroko pojętego kolejnictwa zastosowały tryb dialogu konkurencyjnego przy udzielaniu zamówień sektorowych objętych zastrzeżeniem zawartym w art. 132 ust. 1 Pzp (np. na dostawy i usługi utrzymania taboru kolejowego), co spotkało się z aprobatą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podczas prowadzonej kontroli uprzedniej tych postępowań.

Zamawiający żądał m. in. przedstawienia przez wykonawców mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej dokumentów dotyczących karalności członków organu zarządzającego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wydanych przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą. W złożonym przez Odwołującego się wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący się nie przedstawił dokumentów wydanych przez właściwy organ sądowy lub administracyjny Hiszpanii na temat karalności członków organu zarządzającego spółki Ineco Hiszpania wchodzącej w skład Konsorcjum. W związku z powyższym, Odwołujący się został wezwany w dniu 12 marca 2009 r., w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z wnioskiem.

W uzupełnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący się przedstawił jedynie informację o składzie organu zarządzającego tą spółką wraz z informacją z dnia 26 marca 2009 r. o posiedzeniu zarządu, na którym oprócz prezesa zarządu i sekretarza, pozostali członkowie zarządu złożyli oświadczenia o niekaralności, które zostały następnie notarialnie poświadczone. Zamawiający nie mógł jednak uznać tych oświadczeń za wystarczające, bowiem wiadomo, że w Hiszpanii wydaje się stosowne dokumenty na okoliczność karalności członków organów zarządzających spółek. Ponadto w dalszym ciągu, pomimo złożenia uzupełnień, brak jest jakiegokolwiek dokumentu odnoszącego się do sytuacji prezesa zarządu tej spółki w zakresie jego karalności.

Podkreślenia wymaga fakt, że w postępowaniu inni, mający siedzibę w Hiszpanii, wykonawcy złożyli dokumenty wydane przez odpowiednie organy stwierdzające niekaralność członków organu zarządzającego danej spółki. Zamawiający uznaje za nietrafną argumentację Odwołującego się, że wg prawa hiszpańskiego, gdzie obowiązuje tzw. system prekwalfikacji, wpisanie podmiotu do odpowiedniego rejestru oznacza, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, tego rodzaju wyjaśnienie należało złożyć najpóźniej w uzupełnieniu wniosku. Po drugie, należało wskazać rejestr, do którego wpisana jest przedmiotowa spółka wchodząca w skład Konsorcjum, a który uprawnia do stwierdzenia, że spełnia ona warunki udziału w postępowaniu. Po trzecie, należało wykazać, że podstawą wpisu do tego rejestru jest niepopelnienie przez członków organu zarządzającego spółką przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Zamawiający zwraca uwagę, że polski ustawodawca w Rozporządzeniu wskazał na konieczność złożenia przez wszystkich wykonawców mających siedzibę poza granicami RP m.in. dokumentów stwierdzających niekaralność członków organu zarządzającego firmy, niezależnie od tego czy siedziba firmy znajduje się w Unii Europejskiej czy poza nią. Tym samym polski ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek żądania powyższych dokumentów, a niezłożenie ich w odpowiednim terminie wywołuje skutek w postaci wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Zamawiający żądał także m. in. przedstawienia przez wykonawców mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej dokumentów wystawionych w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzających odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości decyzji właściwego organu.

We wniosku Odwołującego się nie przedstawiono dokumentów dotyczących Italferr Włochy wchodzącej w skład Konsorcjum wystawionych w kraju, w którym spółka ma

siedzibę, potwierdzających odpowiednio, że nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości decyzji właściwego organu.

Odwołujący się złożył we wniosku dokument INAIL/INPS, w którym w części dotyczącej składek na ubezpieczenie społeczne widniało stwierdzenie o braku danych odnośnie tych składek. Natomiast w części odnoszącej się do należności z tytułu nieszczęśliwych wypadków w pracy, w treści dokumentu, widniało stwierdzenie o niezaleganiu ze składkami na to ubezpieczenie. W związku z powyższym, Zamawiający zażądał w dniu 12 marca 2009 r. wyjaśnień lub uzupełnienia przedmiotowego dokumentu. Zamawiający jest w posiadaniu analogicznego dokumentu INAIL/INPS wydanego odnośnie innej włoskiej firmy, w którego treści widnieje zarówno informacja o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne (INPS), jak i ze składkami od nieszczęśliwych wypadków w pracy (INAIL). Dodać należy, że z treści przedstawionego dokumentu nie wynika ponadto stwierdzenie braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący się, złożył "oświadczenie Wykonawcy o braku dokumentów stwierdzających tę okoliczność", do którego dołączył stosowne oświadczenie z dnia 2 kwietnia 2009 r. o spełnianiu warunków na dzień 2 lutego 2009 r. złożone przed notariuszem. Jednakże wobec faktu, że we Włoszech wydaje się stosowne zaświadczenia potwierdzające niezaleganie z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne Zamawiający nie mógł uznać tych oświadczeń za wystarczające udokumentowanie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 8 maja 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie w którym podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście, ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisów: art. 3 ust. 1 pkt 5, żądając, jak w proteście.

Odwołujący się podnosi fakt bezprawności odrzucenia jego protestu. Zwraca uwagę, że nie każdy protest, który -w ocenie Zamawiającego - jest spóźniony, winien zostać odrzucony. Sposób rozstrzygnięcia protestu winny determinować podniesione przez protestującego zarzuty, a przede wszystkim ich rzetelne zbadanie. Należy bowiem wskazać, że podniesienie przez wykonawcę zarzutu nieważności postępowania z powodu wystąpienia przesłanki skutkującej nieważnością (ipso iura) umowy w sprawie zamówienia publicznego, niezależnie na którym etapie byłby ów zarzut podniesiony, powinno zostać starannie przez zamawiającego zbadane pod kątem zaistnienia okoliczności zmuszających do unieważnienia postępowania.

Obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zależy od wypełnienia się trzech przesłanek wskazanych w powołanym przepisie. Z punktu widzenia odwołania istotne znaczenie ma przesłanka wskazana w lit. a powołanego przepisu, która wskazuje, że ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych, jeżeli ponad 50% wartości udzielanego zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Zamawiający wszczynając postępowanie powinien zabezpieczyć środki niezbędne na jego realizację we własnym budżecie. Jak wynika z treści Ogłoszenia Zamawiający, czyniąc zadość powyższym wymaganiom, wyraźnie wskazuje w Sekcji III.1.2 Ogłoszenia, że "zobowiązania wynikające z umowy w sprawie zamówienia realizowane będą ze środków własnych Zamawiającego". Nie budzi, więc wątpliwości fakt, że Zamawiający finansuje zamówienie z własnych środków, a więc bez jakiegokolwiek udziału środków publicznych lub środków pochodzących od podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1 -3a ustawy Pzp. Owszem, istnieje prawdopodobieństwo, że Zamawiający otrzyma w ramach dofinansowania projektu wskazanego w Obwieszczeniu Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 31 lipca 2008 r. w sprawie listy projektów indywidualnych dla Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013 dotację rozwojową, jednak w chwili wszczęcia postępowania Zamawiający, co wskazuje w Ogłoszeniu, nie podpisał stosownej umowy na dofinansowanie projektu.

Należy podkreślić, że umieszczenie projektu na liście projektów indywidualnych Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko nie jest równoznaczne z przyznaniem na przedmiotowy projekt dofinansowania ze środków unijnych. Aby została podpisana umowa o dofinansowanie projektu muszą zostać prawidłowo wykonane przez beneficjenta m.in. postanowienia tzw. pre-umowy. Zgodnie z pkt 13 Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego z 12 sierpnia 2008 r. w zakresie jednolitego systemu zarządzania i monitorowania projektów indywidualnych, zgodnych z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju "Umieszczenie projektu na liście jest warunkową deklaracją jego realizacji (...). Nie oznacza to jednak, iż projekt znajdujący się na liście uzyskuje dofinansowanie automatycznie. Uzyskanie dofinansowania jest uzależnione od spełnienia przez projekt wymogów formalnych i merytorycznych dotyczących przygotowania odpowiedniej dokumentacji i gotowości do wdrożenia (...), zgodnych z kryteriami zatwierdzonymi przez komitet monitorujący oraz akceptacji wniosku o dofinansowanie wraz z wymaganymi załącznikami przez IZ lub decyzji Komisji Europejskiej w przypadku projektów dużych." Lista podlega więc, pod kątem wyżej opisanych kryteriów, okresowej weryfikacji i aktualizacji. Oznacza to, że lista może być uzupełniona o nowe projekty, ale również istnieje możliwość wykreślenia projektów, które nie są realizowane zgodnie z określonymi wymogami.

Dodatkowo samo podpisanie umowy, z której wynika, że projekt zostanie dofinansowany, nie stanowi jakiegokolwiek gwarancji uzyskania pełnej kwoty dofinansowania. Nawet gdyby uznać, że umowa na dofinansowanie projektu będzie przewidywała możliwość jego dofinansowania w górnej granicy przekraczającej kwotę 50% wartości zamówienia, nie oznacza to automatycznego przekazania tejże kwoty. Przekazanie kwoty dofinansowania jest bowiem uzależnione od przestrzegania przez Zamawiającego warunków realizacji projektu wskazanych w stosowanej umowie. W związku z powyższym nie można wykluczyć, że kwota rzeczywistego dofinansowania ulegnie zmniejszeniu, co spowoduje, że w rzeczywistości Zamawiający będzie finansował zamówienie w przeważającej mierze z własnych środków.

Art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 8 dyrektywy 2004/18/WE, który odnosi się do określonych zamówień subwencionowanych bezpośrednio przez zamawiających, tj. państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego. W przypadku przepisów dyrektywy 2004/18/WE należy zaznaczyć, że art. 8 obejmuje swym zakresem przedmiotowym wyłącznie zamówienia na wskazane roboty budowlane (w tym m.in. inżynieria lądowa) oraz usługi z tymi robotami związane. Zakres podmiotowy jego zastosowania nie został określony, jednak fakt, że znajduje się on w dyrektywie 2004/18/WE wskazuje, że obejmuje on podmioty, które nie są zobowiązane do jej stosowania, czyli podmioty prywatne.

Na podstawie art. 12 dyrektywy 2004/18/WE wyłączone spod jej zakresu są wszelkie zamówienia udzielane w ramach zamówień sektorowych, które podlegają odrębnym regulacjom przewidzianym w dyrektywie 2004/17/WE.

Istotne jest to, że w przeciwieństwie do regulacji ustawy Pzp, dyrektywa 2004/17/WE obejmuje zakresem podmiotowym nie tylko podmioty prawa publicznego, przedsiębiorstwa publiczne i podmioty prywatne działające na podstawie praw wyłącznych lub specjalnych, lecz również zamawiających w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE, tj. "państwo" i jednostki samorządu terytorialnego.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości prawo wspólnotowe przewiduje więc system dychotomiczny, w którym jasno zostały określone procedury udzielania zamówień publicznych. Wg tych regulacji, jeśli podmiot zamawiający wykonujący jeden z rodzajów działalności, o których mowa w dyrektywie 2004/17/WE zamierza w ramach wykonywania tej działalności udzielić zamówienia na usługi, roboty budowlane lub dostawy bądź też zorganizować konkurs na projekt, to zamówienie to lub konkurs podlegają przepisom tej dyrektywy.

Dyrektywa 2004/17/WE nie przewiduje regulacji adekwatnej do rozwiązania przewidzianego w art. 8 dyrektywy 2004/18/WE. Oznacza to, że wszelkie zamówienia

udzielane przez podmioty uznane za zamawiających sektorowych i udzielające zamówień w ramach jednej z działalności określonej w dyrektywie (w tym transportu kolejowego), powinny podlegać przepisom dyrektywy 2004/17/WE.

Przedmiotowe zamówienie należy sklasyfikować - zarówno ze względu na podmiot prowadzący postępowanie, jak i jego przedmiot - jako zamówienie sektorowe, co sprawia, że do jego udzielenia mają zastosowanie przepisy dyrektywy 2004/17/WE.

Przepis art. 132 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający zobowiązani do udzielania zamówień w reżimie zamówień sektorowych nie mogą z niego skorzystać wówczas, gdy udzielają ich na warunkach określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Oznacza to, że rozwiązania przyjęte w ustawie Pzp nie odpowiadają regulacjom wskazanym w odpowiednich dyrektywach wspólnotowych. Z analizy przepisów wynika, że ustawa Pzp w sposób odmienny definiuje krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania regulacji przewidzianych dla zamówień sektorowych oraz wyłącza możliwość stosowania przepisów sektorowych przez zamawiającego wykonującego działalność sektorową zamierzającego udzielić zamówienia w celu wykonywania tej działalności, ale finansowanego w ponad 50% ze środków publicznych. Prowadzi to do sytuacji, w której przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 132 ust. 1 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uniemożliwiają zamawiającym sektorowym wypełnienie obowiązku przestrzegania dyrektywy 2004/17/WE. W związku z tym, że dyrektywa ta nie przewiduje możliwości udzielania zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie Zamawiającego w niniejszej sprawie należy uznać za naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego się zastosowanie w postępowaniu trybu dialogu konkurencyjnego nie jest możliwe, ponieważ przedmiot postępowania został precyzyjnie opisany w Ogłoszeniu zgodnie z postanowieniami art. 29 w zw. z art. 30 ust. 6 ustawy Pzp, tj. poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Jak podkreślono w doktrynie, niemożność opisu przedmiotu zamówienia musi mieć charakter obiektywny. Nie chodzi tu więc o przypadek, w którym konkretny zamawiający nie potrafi dokonać wskazanych w powołanych przepisach czynności, ale o taką sytuację, w której inne podmioty także nie potrafiłyby takich czynności wykonać. Art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy interpretować restrykcyjnie, jako wyjątek od zasady wyrażonej w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest więc wykazać, że podejmował czynności zmierzające do przygotowania specyfikacji, ale nie był jej w stanie sporządzić.

Oceniając przesłankę "szczególnie złożonego charakteru zamówienia" istotne znaczenie ma zarówno to, że zamówienie dotyczy przedmiotu, co do którego nie przyjęto jednolitych standardów, czy to w drodze normatywnej, czy też faktycznej przez działanie rynku, jak również obiektywna niemożność dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymaganych parametrów i cech jakościowych, ale

także obiektywnego opisu funkcjonalnego (ustawodawca wskazuje niemożność wykorzystania art. 30 i 31 ustawy)."

Odwołujący się zauważa, że przedmiotem zamówienia nie jest budowa kolei dużych prędkości, lecz wykonanie studium wykonalności, którego zakres został precyzyjnie określony przez Zamawiającego, na co wskazują zapisy zawarte w Sekcji II Ogłoszenia, w tym w pkt. II.1.5. Zamawiający w sposób bardzo szczegółowy określa zakres usług, które wchodzi w skład studium wykonalności wskazując na szereg analiz odnoszących się zarówno do aspektów technicznych, prawnych, jak i finansowych projektu, dotyczącego budowy linii dużych prędkości. W ramach każdej z analiz Zamawiający niezwykle precyzyjnie określa zarówno ich zakres jak również podaje wymagania, którym muszą one odpowiadać oraz dokumenty, na podstawie których powinny być sporządzone.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający posiada również bogate doświadczenie związane z zamówieniami dotyczącymi wykonania studium wykonalności poprzedzającego budowę lub modernizację konwencjonalnych linii kolejowych.

Dodatkowym ułatwieniem dla Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie Studium Wykonalności był fakt, iż ramy i zakres studium wykonalności zostały precyzyjnie zdefiniowane dla projektów współfinansowanych ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 -2013. Dokument "Niebieska Księga -sektor kolejowy -infrastruktura i tabor" dostępny powszechnie na stronie internetowej stanowi wytyczne w zakresie przeprowadzania analizy kosztów i korzyści, jako elementu studium wykonalności projektu inwestycyjnego.

Odnosnie dokumentu INPS-INAIL, Odwołujący się podnosi, że wszystkie wyjaśnienia w powyższym zakresie przedstawił we wniesionym do Zamawiającego proteście.

Bezpodstawne jest twierdzenie Zamawiającego, że skoro podstawą prawną skierowania do Konsorcjum pisma z 12 marca 2009 r. był art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp to oznaczało to, że Konsorcjum winno było uzupełnić dokumenty i przedstawić wyjaśnienia do wszystkich poruszanych przez Zamawiającego w przywołanym powyżej piśmie zagadnieniach. Zestawienie odpowiednich fragmentów pisma Zamawiającego z 12 marca 2009 r. w sposób nie budzący najmniejszych wątpliwości wskazuje, w których przypadkach Zamawiający wnosi o uzupełnienie dokumentu, a kiedy zainteresowany jest jedynie przedstawieniem przez Konsorcjum odpowiednich wyjaśnień.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie. W niniejszym postępowaniu, jak wynika z rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający dokonał

częściowego odrzucenia protestu w zakresie zarzutu dotyczącego trybu prowadzonego postępowania. Działanie Zamawiającego nie znajduje podstaw w świetle powołanego przepisu. Zamawiający uprawniony jest bowiem do odrzucenia protestu jedynie w sytuacji, w której środek ochrony prawnej, jakim jest protest, został wniesiony po terminie. Ewentualne stwierdzenie, że część zarzutów jest spóźniona, nie uprawnia do odrzucenia protestu. Ponadto, zauważyć należy, iż przepis art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, nie przewiduje instytucji częściowego odrzucenia protestu.

Powstała sytuacja wynika z utożsamiania przez Zamawiającego okoliczności zarzutu spóźnionego, z protestem wniesionym po terminie. Zamawiający bowiem z jednej strony stwierdza, iż „zarzut podniesiony w proteście, a dotyczący zastosowanego trybu jest zatem spóźniony”, z drugiej zaś strony, postanawia „protest odrzucić jako wniesiony po terminie” (str. 2 i 3 rozstrzygnięcia protestu). Tymczasem używanie wymienionych pojęć zamiennie dla oznaczenia okoliczności, w której to zarzut został zgłoszony po terminie, jest nieuprawnione. Wskazać bowiem należy, że protest złożony po terminie a zarzut spóźniony to zgoła odmienne okoliczności, których stwierdzenie wywołuje odmienne skutki prawne. Protest wniesiony po terminie Zamawiający ma obowiązek odrzucić, podczas gdy zgłoszenie zarzutów po terminie tej sankcji już nie podlega (art. 180 ust. 7 ustawy Pzp).

W niniejszym postępowaniu bezsporne jest, że protest nie dotyczył wyłącznie zastosowania niewłaściwego trybu postępowania, ale również czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Drugi z zarzutów, co nie budzi wątpliwości, został zgłoszony w terminie i co potwierdza sam Zamawiający, dokonując jego rozstrzygnięcia. Zatem brak było podstaw do odrzucenia protestu, również w części.

Niezależnie od podjęcia przez Zamawiającego, nieprawidłowej, w aspekcie formalnym, decyzji o częściowym odrzuceniu protestu, pozostaje pytanie, czy zarzut ten w istocie należy uznać za spóźniony.

Zamawiający dokonując oceny w tym przedmiocie stanął na stanowisku, iż kwestionowanie trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie, należy zakwalifikować jako protest wobec treści ogłoszenia, gdyż jednym z postanowień Ogłoszenia jest postanowienie dotyczące trybu postępowania. Zatem, bieg terminu na wniesienie protestu rozpoczyna się w dniu publikacji Ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W niniejszym postępowaniu Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 9 grudnia 2008 r., stąd termin na wniesienie protestu wobec treści Ogłoszenia, uwzględniając regulację zawartą w przepisie art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, upływał w dniu 23 grudnia 2008 r.

Z powyższą argumentacją należałoby się zgodzić, gdyby przedmiotowy zarzut miał charakter samoistny. Tymczasem, jak wynika z treści protestu (jak i odwołania) Odwołujący się podnosi zarzut nieważności postępowania w związku z bezpodstawnym zastosowaniem trybu dialogu konkurencyjnego. Jest to o tyle istotne, iż zarzut nieważności postępowania

powinien być brany pod uwagę przez Zamawiającego w każdym czasie. Istotą bowiem i jednocześnie celem prowadzonego postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego, a więc zawarcie odpłatnej umowy między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiot jest tożsamy z przedmiotem zamówienia. Innymi słowy, chodzi o osiągnięcie określonego skutku w postaci zawarcia ważnej umowy. Zaś, zawarcie ważnej umowy możliwe jest jedynie w sytuacji, w której postępowanie nie jest obciążone tego rodzaju wadą, która ma wpływ na ważność umowy. Z pewnością prowadzenie postępowania w reżimie, z którego Zamawiający nie był uprawniony korzystać, należałoby zakwalifikować jako wadę skutkującą nieważnością umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Stąd, Zamawiający mając na uwadze powyższy skutek oraz fakt, iż prowadzenie postępowania nie znajduje uzasadnienia w sytuacji, w której dojdzie do zawarcia nieważnej umowy, a ponadto argumentację związaną z ekonomiką postępowania, należy dojść do wniosku, iż brak podstaw do uznania przedmiotowego zarzutu za spóźniony.

Na marginesie wskazać należy, iż jakkolwiek Zamawiający uznał zarzut za spóźniony, to w istocie go rozpoznał, jak sam stwierdził „w trosce o prawidłowość prowadzonego Postępowania”. Przytoczył bowiem szeroką argumentację uzasadniającą legalność działań Zamawiającego.

W tym przedmiocie istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy Zamawiający należy do podmiotów, o których mowa w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji, czy jest tzw. zamawiającym sektorowym, który zobowiązany jest udzielać zamówień na podstawie Rozdziału 5 ustawy Pzp. Zakwalifikowanie go bowiem do tej grupy powoduje, iż nie jest możliwe prowadzenie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, z uwagi na przepis art. 134 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że konstrukcja przepisu art. 3 ust. 1 ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, iż tzw. zamawiający sektorowy nie mieści się wyłącznie w kategorii podmiotów, o których mowa w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Możliwe jest również jego zakwalifikowanie do grupy podmiotów, której zakres wyznacza przepis art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak dowolności klasyfikacji przez samych zamawiających. Podjęcie bowiem błędnej decyzji w tym przedmiocie ma wpływ na prowadzone postępowanie, a konsekwencji jego ważność. Sposób klasyfikacji wpływa bezpośrednio na kwalifikację zamówienia (sektorowe czy klasyczne) i determinuje sposób prowadzenia postępowania.

Stanowisko powyższe potwierdza przepis art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące zamówień sektorowych stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, z zastrzeżeniem art. 3 pkt 5 i 6, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego ze wskazanych rodzajów

działalności, m.in. obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego.

Z powyższego wynika, że zamawiający sektorowy w każdym przypadku musi rozważyć, czy nie ma przesłanek do zastosowania przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Przyjęcie powyższej regulacji jest uzasadnione i potwierdza racjonalność ustawodawcy. Stał on bowiem na stanowisku, że określone zamówienia, nawet jeżeli wykonywane są w celu wykonywania działalności sektorowej, podlegają rygorom dotyczącym zamówień klasycznych. Celem ustawodawcy było bowiem poddanie zamówień o cechach wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. a, b, c ustawy Pzp procedurom bardziej zaostrzonym niż ma to miejsce w odniesieniu do zamówień sektorowych. Chodzi bowiem o zamówienia istotne punktu widzenia interesu publicznego (których przedmiotem są określone roboty budowlane lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi) o znacznej wartości i które w ponad 50% są finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a.

Jednocześnie stwierdzić należy, że jakkolwiek dyrektywa wprost jedynie zobowiązuje państwa członkowskie do ustanowienia danego porządku prawnego, to w świetle orzecznictwa ETS, jeśli dane państwo nie dokona implementacji, obywatel ma prawo powoływać się bezpośrednio na dyrektywę wobec wszelkich przepisów prawa krajowego niezgodnych z dyrektywą. W tym kontekście należy rozważyć, zgodność powołanej regulacji (art. 132 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) z dyrektywą 2004/17/WE. Przedmiotowa dyrektywa dotyczy bowiem podmiotów zamawiających: m. in. będących instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi oraz prowadzącymi jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 3-7 (art. 2 ust. 1 lit. a powołanej dyrektywy). Zaś, zgodnie z art. 5 ust. 1 przedmiotowej dyrektywy, dotyczy ona działalności obejmującej dostawę lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejowego, systemów automatycznych, tramwajów, trolejbusów, autobusów lub kolei linowych. Skoro zatem przedmiotowa dyrektywa koordynuje procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych rodzi się pytanie, czy w określonych okolicznościach jest możliwość wyłączenia tychże podmiotów spod regulacji dotyczących zamówień sektorowych. W opinii Krajowej Izby Odwoławczej na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż powodem ustanowienia regulacji dotyczących zamówień sektorowych była okoliczność, iż przedmiotowe zamówienia dotyczą działalności w obszarze użyteczności publicznej, a jednocześnie zamawiający ci działają na styku prawa publicznego i prywatnego. W związku z powyższym zdecydowano, że pozostawienie tego rodzaju zamówień bez regulacji, usankcjonuje zamknięcie tego rynku. Jednakże biorąc pod uwagę pewien substrat prywatny stworzono procedury, które nie są tak rygorystyczne jak te, którym

podlegają zamówienia klasyczne. Polski ustawodawca transponował przepisy dyrektywy 2004/17/WE do prawa krajowego, którego wyrazem jest regulacja rozdziału 5 ustawy Pzp, jednakże zaostrzył rygor wobec zamawiających zaliczonych do podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poddając ich takim regulacjom, które odnoszą się do zamówień klasycznych. Przyjęcie takiego rozwiązania jest wyrazem dbałości o interes publiczny, a jednocześnie nie powoduje zachwiania konkurencji czy nierównego traktowania wykonawców. Wręcz przeciwnie, biorąc pod uwagę chociażby podstawowe tryby przewidziane dla zamówień klasycznych i sektorowych, takie rozwiązanie wzmacnia konkurencyjność.

W związku z powyższym powstaje pytanie, czy Zamawiający spełnia przesłanki, o których mowa w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wątpliwości Odwołującego się budzi bowiem okoliczność spełniania przesłanki, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy Pzp. W jego opinii, nie jest prawdą, iż ponad 50% wartości udzielanego zamówienia jest finansowana ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a.

Zamawiający w Sekcji III.1.2 Ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że finansowanie przyszłej umowy zostanie dokonane z dotacji rozwojowej w ramach POIiŚ (Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko), z zastrzeżeniem, że do czasu podpisania umowy na dofinansowanie projektu, zobowiązanie realizowane będzie ze środków własnych Zamawiającego. W chwili obecnej Zamawiający dysponuje umową nr POIS.7.1.154/08-00 zawartą z Centrum Unijnych Projektów Transportowych (CUTP) a dotyczącą przygotowania projektu indywidualnego nr POIiŚ 7.1-26 z listy projektów indywidualnych. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 przedmiotowej umowy, CUPT zobowiązuje się do zawarcia z Zamawiającym umowy o dofinansowanie, pod warunkiem: posiadania odpowiednich środków finansowych w ramach budżetu POIiŚ, uzyskania przez projekt pozytywnej oceny oraz właściwej decyzji o dofinansowaniu. W powyższych okolicznościach powstaje pytanie, czy można uznać, że niniejsze zamówienie będzie finansowane w ponad 50% ze środków publicznych.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Zwrócić należy uwagę, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy o finansach publicznych, środkami publicznymi są m.in. środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej, w tym środki przeznaczone na realizację programów przedakcesyjnych, środki pochodzące z Funduszy Strukturalnych i Funduszu Spójności oraz środki Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnych „Seksja Gwarancji”. Jak wynika z § 2 ust. 2 przedmiotowej umowy środki finansowe przeznaczone na dofinansowanie niniejszego zamówienia będą pochodzić z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Funduszu Spójności lub innych źródeł w ramach Programu Infrastruktura i Środowisko. Nie budzi wątpliwości, że w tych okolicznościach można mówić o środkach publicznych. Ponad 50% udział tych środków wynika z Załącznika nr 3 do przedmiotowej umowy. Największe

kontrowersje jednak budzi fakt, czy brak umowy o dofinansowanie na tym etapie powoduje, że nie mamy do czynienia z zamówieniem finansowanym ze środków publicznych. Jak podkreśla bowiem Odwołujący się, zawarcie umowy o dofinansowanie jest warunkowe. Istotny jest jednakże fakt, że zgodnie z art. 30a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2006 r., Nr 227, poz. 1658 ze zm.), każda umowa o dofinansowanie projektu jest zawierana w odniesieniu do projektu, który pozytywnie przeszedł wszystkie etapy jego oceny i został zakwalifikowany do dofinansowania oraz którego dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego. Zatem, powyższe pozwala na stwierdzenie, iż każda umowa o dofinansowanie jest zawierana pod warunkiem przyszłym zawieszającym. Na tle przedmiotowej regulacji, przyjęcie stanowiska, jakie prezentuje Odwołujący się, oznaczałoby, że w sytuacji, w której zamawiający uzyskuje dofinansowanie zamówienia ze środków unijnych, nie możemy mówić o finansowaniu ze środków publicznych. Taka interpretacja pozostaje w sprzeczności ze wskazanymi przepisami o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, jak i ustawy o finansach publicznych, a dodatkowo niweczy cel ustanowienia przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, stwierdzić należy, iż Zamawiający był uprawniony do stosowania przepisów o zamówieniach klasycznych, a co za tym idzie trybu dialogu konkurencyjnego. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż w niniejszym postępowaniu nie została spełniona przesłanka, o której mowa w art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W opinii Izby, istotne jest, iż studium wykonalności opracowywane jest dla budowy linii kolejowej dużych prędkości. W tej sytuacji chybione jest twierdzenie Odwołującego się, iż Zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia za pomocą rozwiązań funkcjonalnych. Zastosowanie rozwiązań funkcjonalnych przeczy istocie wykonywania studium wykonalności. Narzucenie jakichkolwiek rozwiązań funkcjonalnych doprowadziłoby bowiem do sytuacji, w której analiza dokonywana byłaby w oznaczonych przez Zamawiającego ramach, podczas gdy studium wykonalności stanowi studium korzyści i kosztów w różnych aspektach i wariantach. Przedstawione przez Odwołującego się na rozprawie ogłoszenie o zamówieniu i opis przedmiotu zamówienia, nie może stanowić dowodu, iż opisanie niniejszego przedmiotu zamówienia jest możliwe, z uwagi na fakt, że dotyczy opracowania dokumentacji projektowej. Zaś, dokumentacja projektowa sporządzana jest w innych warunkach, tzn. w okolicznościach, w których decyzja o realizacji zadania została podjęta i znane są cechy (parametry) tej inwestycji. Podczas, gdy etap studium wykonalności zmierza dopiero do podjęcia decyzji o uruchomieniu danego projektu i ewentualnie w jakim wariantcie.

W tych okolicznościach brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów: art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 60a i art. 60b, art. 134 ustawy Pzp, a konsekwencji art. 3 ust. 1 pkt 5.

Odnosnie zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania, z powodu braku dokumentów potwierdzających niekaralność członków zarządu uczestnika odwołującego się Konsorcjum, tj. hiszpańskiej spółki Ineco, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w Sekcji III.2.1 pkt 2 ppkt 3 Ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż na potwierdzenie warunku, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu, zgodnie z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zobowiązani są przedstawić m.in. aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Wykonawca zagraniczny winien złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

We wniosku złożonym przez Odwołującego się zabrakło informacji, o których była mowa powyżej, a dotyczących spółki Ineco.

W związku z powyższym, pismem z dnia 12 marca 2009 r., Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia wskazanych dokumentów.

W odpowiedzi Odwołujący się złożył jedynie informację o składzie organu zarządzającego spółki Ineco wraz z informacją o posiedzeniu zarządu, na którym oprócz prezesa zarządu, pozostali członkowie zarządu złożyli oświadczenia o niekaralności, poświadczane następnie przez notariusza.

Wobec powyższego Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowania stwierdzając, że „wykonawca nie przedstawił zaświadczeń dotyczących Ineco Hiszpania wystawionych przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla osób będących w składzie organu zarządzającego. W uzupełnieniu przedstawiono jedynie informację o składzie organu zarządzającego spółki wraz z informacją z 23.03.2009 r. o posiedzeniu zarządu, na którym oprócz Prezesa zarządu i Sekretarza, pozostali członkowie zarządu złożyli oświadczenia o niekaralności, które zostały następnie notarialnie poświadczane. Zamawiający nie może jednak uznać tych oświadczeń za wystarczające bowiem w Hiszpanii wydaje się stosowne dokumenty na okoliczność karalności członków organów zarządzających spółek”.

Bezsporne jest w niniejszej sprawie, że Odwołujący się nie złożył zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego o niekaralności członków zarządu spółki Ineco, co więcej Odwołujący się również nie zaprzecza, że takie zaświadczenia w kraju zamieszkania członków zarządu się wydaje. Natomiast twierdzi, że złożone oświadczenia stanowią dodatkowe zapewnienie, iż nie istnieją przesłanki do wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Jak wynika bowiem z oficjalnych i dostępnych rejestrów prowadzonych przez podmiot podległy hiszpańskiemu Ministerstwu Gospodarki i Skarbu, spółka figuruje w rejestrze wykonawców uprawnionych do udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż uzupełnione oświadczenia powinny być badane pod kątem prawa hiszpańskiego. Przesłanki wykluczenia z postępowania należy badać w oparciu o przepisy ustawy Pzp, bowiem wszyscy wykonawcy niezależnie od kraju pochodzenia podlegają rygorom ustawy Pzp, jeśli ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednym z warunków ubiegania się o zamówienie jest brak przesłanek wykluczających udział wykonawcy z postępowania, a wśród nich przesłanka niekaralności członków organu zarządzającego spółki. Wolą ustawodawcy było, iż jedynym dokumentem na podstawie, którego należy oceniać spełnienie przedmiotowej przesłanki, w przypadku wykonawców zagranicznych, jest zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego. Zatem, weryfikacja wykonawcy we wskazanym aspekcie może odbywać się wyłącznie o dokument i to dokument ściśle określony. Złożenie oświadczenia w powyższym zakresie nie uprawnia Zamawiającego do pozytywnego zweryfikowania kwestii karalności. Nie mówiąc już o fakcie, iż brak jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia powyższej okoliczności wobec prezesa zarządu. Biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący się nie dołączył do wniosku, ani nie uzupełnił żądanych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający podjął właściwą decyzję w przedmiocie wykluczenia Odwołującego się z postępowania.

Odnosnie zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania, z powodu braku dokumentów potwierdzających, że uczestnik odwołującego się Konsorcjum tj. spółka Italferr nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w Sekcji III.2.1 pkt 2 ppkt 5 Ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż na potwierdzenie warunku, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu, zgodnie z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zobowiązani są przedstawić m.in. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast wskazanych dokumentów, składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju w którym ma on siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

We wniosku Odwołujący się, odnosnie spółki Italferr złożył dokument wystawiony przez Krajowy Zakład Ubezpieczeń od Nieszczęśliwych Wypadków w Pracy (INAIL), który to Zakład potwierdził, że przedsiębiorstwo jest ubezpieczone w INAIL i nie zalega z

należnościami. Zaś, Krajowy Zakład Ubezpieczeń Społecznych (INPS) nie przedstawił danych.

W związku z powyższym Zamawiający w piśmie z dnia 12 marca 2009 r. wystosowanym do Odwołującego się stwierdził, że „na zaświadczeniu w miejscu Krajowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych napisano, że Wykonawca nie przedstawił danych. Ponadto nazwa organu wydającego dokument sugeruje, że zaświadczenie może dotyczyć wyłącznie składek na ubezpieczenie wypadkowe. W związku z powyższym prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, że w kraju Wykonawcy nie wydaje się dokumentów na tę okoliczność. W przypadku gdyby jednak określone organy w kraju Wykonawcy wydawały takie dokumenty, prosimy o uzupełnienie dokumentu wydanego przez taki organ. Jeżeli jednak nie wydaje się dokumentów na tę okoliczność prosimy o uzupełnienie złożonych dokumentów o oświadczenie (złożone przed notariuszem) potwierdzające, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu”.

W odpowiedzi wykonawca oświadczył: „Jednoznacznie potwierdzamy, iż w kraju Wykonawcy nie wydaje się standardowo dokumentu na tę okoliczność w formie wymaganej przez Zamawiającego oraz sformułowanej w sposób żądany przez Zamawiającego prócz tych dołączonych pierwotnie do wniosku. Jednocześnie do niniejszego pisma dołączamy oświadczenie złożone przed notariuszem dotyczące poruszanej kwestii”.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania, bowiem „wykonawca nie przedstawił dokumentu lub dokumentów dotyczących Italferr Włochy wystawionych w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzających odpowiednio, że: nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. W uzupełnieniu przedstawiono jedynie oświadczenie Wykonawcy o braku dokumentów stwierdzających tę okoliczność, do którego dołączono stosowne oświadczenie z dnia 02.04.2009 r. o spełnianiu warunków na dzień 02.02.2009 r. złożone przed notariuszem. Zamawiający nie może jednak uznać tych oświadczeń za wystarczające bowiem we Włoszech wydaje się stosowne zaświadczenia potwierdzające nie zaleganie z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, mając na uwadze treść spornego zaświadczenia i złożonych wyjaśnień, nie było podstaw do uznania, iż Odwołujący się nie przedstawił dokumentów potwierdzających, iż spółka Italferr nie zalega z opłacaniem składek

na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Zamawiający uznał, iż rozstrzygające znaczenie w niniejszej kwestii ma, znajdujące się w jego posiadaniu, inne zaświadczenie wydane przez tego samego ubezpieczyciela, w stosunku do innego podmiotu, z którego wynika wprost okoliczność braku zaległości. Jednakże na podstawie powyższego Zamawiający nie był uprawniony stwierdzić, że nie przedstawiono dokumentu. Wręcz przeciwnie, przedmiotowy dokument został złożony, jednakże na podstawie sformułowania „nie przedstawił danych” nie można było ustalić w sposób nie budzący wątpliwości, iż rzeczona spółka nie posiada zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotnych. Zaś, wyjaśnienie Odwołującego się potwierdza fakt, iż dokumenty przedmiotowe dokumenty wydawane są w takiej formie, jaka została dołączona do wniosku. Nie można przy tym wykluczyć, że Odwołujący się nie spotkał się z inną formą przedmiotowych dokumentów. Inne stwierdzenia użyte przez ubezpieczyciela w różnych dokumentach nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy. Słusznie zatem podnosi Odwołujący się, iż jeśli Zamawiający nadal miał wątpliwości, zobowiązany był je wyjaśnić w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie jedynie w zakresie braku uzasadnienia prawnego decyzji Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego się. Sama zaś decyzja jest prawidłowa, zachodzą bowiem przesłanki wykluczenia Odwołującego się z postępowania, z przyczyn, o których była mowa wyżej.

Zaś, zarzut naruszenia przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut wprost nie wyartykułowany w treści odwołania, ale podtrzymany – str. 2 odwołania) należy uznać za chybiony. Zaniechanie podania uzasadnienia prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania nie uniemożliwia Odwołującemu się wykonywania kontroli instancyjnej poprzez złożenie protestu. Przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp nie warunkuje uprawnienia do wniesienia protestu od podania przez Zamawiającego podstawy prawnej podejmowanych czynności.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp. Fakt uwzględnienia określonych zarzutów nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania, z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....