

**WYROK**  
z dnia 5 grudnia 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r. przez wykonawcę **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8w, 30-415 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8w, 30-415 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8w, 30-415 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8w, 30-415 Kraków** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na *Modernizację linii nr 20 w obrębie stacji PKP Warszawa Gdańska w powiązaniu z linią E 65 i stacją metra A 17 Dworzec Gdański etap 11* w ramach projektu *"Prace na linii obwodowej w Warszawie (od Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)"*. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2014 r. pod numerem nr 384773-2014 oraz na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 7 listopada 2014 roku.

Wykonawca MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8w, 30-415 Kraków, wniósł w przedmiotowym postępowaniu odwołanie od czynności Zamawiającego dotyczących treści ogłoszenia o zamówieniu tj. zawartego w nim określenia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu:

I. Naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759, z późn zm), poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a to poprzez uzależnienie, w części III.2.3.III ogłoszenia o zamówieniu, pozytywnej oceny spełnienia warunku dysponowania odpowiednimi kwalifikacjami technicznymi, od wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - w ramach jednego zadania budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej o wartości co najmniej 55 000 000,00 PLN brutto (pięćdziesiąt pięć milionów złotych) przy czym budowa lub przebudowa o której mowa wyżej musiała swoim zakresem obejmować co najmniej:

- a) podtorze z odwodnieniem,
- b) perony,
- c) sieć trakcyjną,
- d) sterowanie ruchem kolejowym.

II. Naruszenie przez Zamawiającego art 7 ust 1 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w

postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego w ogłoszeniu o zamówieniu, poprzez wprowadzenie następującej modyfikacji:

Zmianę warunku udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonego części III.2.3JII ogłoszenia o zamówieniu, poprzez nadanie mu brzmienia:

*O udzielenie niniejszego zamówienia może ubiegać się Wykonawca spełniający warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia tj. taki który:*

*1. wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie - w ramach jednego lub więcej zadań budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej lub więcej stacji kolejowych lub stacji metra o wartość łącznej co najmniej 55 000 000,00 PLN brutto (pięćdziesiąt pięć milionów złotych) przy czym budowa lub przebudowa o której mowa wyżej musiała swoim zakresem obejmować co najmniej:*

- a) podtorze z odwodnieniem,*
- b) perony,*
- c) sieć trakcyjną,*

*2. wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - w ramach jednego lub więcej zadań budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) sterowania ruchem kolejowym.*

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań podał, że w opinii Odwołującego określony przez Zamawiającego opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, stanowi naruszenie zasady proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w stosunku do przedmiotu zamówienia, który to zarzut uzasadnia konieczność skorzystania z niniejszego środka ochrony prawnej.

Zadaniem Zamawiającego jest skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu i dokonanie opisu sposobu oceny tych warunków, zapewniając z jednej strony udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia, z drugiej strony zapewniając zachowanie zasady uczciwej konkurencji, bez nieuzasadnionego w świetle przedmiotu zamówienia, zawężania kręgu potencjalnych wykonawców, a zatem w sposób pozwalający Zamawiającemu udzielić zamówienia po jak najniższej cenie.

Przedmiotem niniejszego Zamówienia jest inwestycja złożona z wielu elementów:

podtorza z odwodnieniem, peronów, sieci trakcyjnej, sterowania ruchem kolejowym. Udzielanie na rynku zamówień obejmujących cały takowy zakres zdarzało się w ostatnich latach niezmiernie rzadko, choć wielokrotnie udzielane były zamówienia obejmujące poszczególne elementy niniejszego zamówienia (w tym w szczególności osobno: sterowanie ruchem kolejowym). Stąd, bardzo mały krąg wykonawców - niegwarantujący zachowania konkurencyjności niniejszego przetargu - posiada doświadczenie w wykonaniu elementów określonych w części III.2.3.IH ogłoszenia o zamówieniu, w ramach jednego zadania. Zdecydowanie większa liczba wykonawców legitymuje się doświadczeniem w wykonywaniu przedmiotowych elementów, jednakże w większej ilości inwestycji. W takiej sytuacji, właściwym jest umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom, które posiadają doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, z pominięciem niezasadnego wymogu, jakim jest obowiązek wykonania takich prac w ramach jednego zadania i jednej stacji kolejowej. W takiej sytuacji, taką samą rękojmią należytego wykonania niniejszego zamówienia legitymuje się zarówno wykonawcą który wykonał ww. elementy w ramach jednej inwestycji, jak i podmiot który wykonał je w ramach oddzielnych kontraktów.

Podkreślił, że w myśl linii orzeczniczej KIO Zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu dokonania oceny warunków udziału w postępowaniu określonych w art 22 ust 1 ustawy, w sposób adekwatny. Koniecznym jest; ażeby określenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny miało charakter proporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotą jest, iż opis i ocena spełnienia warunków mają w sposób obiektywny gwarantować rzetelne wykonanie zamówienia, jednocześnie nie ograniczając w sposób nieuzasadniony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytej realizacji celu tj. przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze stwierdził, iż obecne wymogi Zamawiającego naruszają w sposób nieuzasadniony tą zasadę, Tym samym wniesione odwołanie jest zasadne.

Zamawiający w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, ponieważ podniesiony zarzut, jest jego zdaniem niezasadny.

Nadto dodał, że Zamawiający po wniesieniu odwołania zmodyfikował treść ogłoszenia. Rozpatrując odwołanie należy uznać za bezprzedmiotowe te jego zarzuty które nie odnoszą się do jego nowego brzmienia zgodnie, z którym: *„O udzielenie niniejszego zamówienia może ubiegać się Wykonawca spełniający warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia tj. taki który wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):*

a) *jednej stacji kolejowej o wartości co najmniej 55 000 000 PLN brutto (pięćdziesiąt pięć milionów złotych) przy czym budowa lub przebudowa o której mowa wyżej musiała swoim zakresem obejmować co najmniej:*

- *podtorze z odwodnieniem,*
- *perony,*
- *sieć trakcyjną,*

b) *urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji kolejowej"*

Ponadto wskazał, w oparciu o konkretne kontrakty, że wg jego wiedzy na krajowym rynku wykonawców robót budowlanych związanych z przedmiotem tego postępowania, funkcjonuje co najmniej 10 wykonawców spełniających wymagania postawione w tym postępowaniu.

Podał także, że Zamawiający na podstawie swojej znajomości rynku ocenia, że wnioski w przedmiotowym przetargu ograniczonym może złożyć co najmniej kilkunastu krajowych wykonawców oraz trudna do określenia liczba wykonawców zagranicznych. Poniósł także iż Odwołujący nie udowodnił zarzutu naruszenia proporcjonalności „do przedmiotu zamówienia”, którym w przedmiotowym postępowaniu jest modernizacja stacji Warszawa Gdańska - średniej wielkości stacji kolejowej, która jest stacją końcową dla linii nr 509 i pośrednią dla linii nr 20. Linia nr 20 jest linią z przewagą ruchu pasażerskiego, a linia nr 509 jest linią z przewagą ruchu towarowego. Stacja Warszawa Gdańska łączy te linie o różnym profilu ruchowym, co wiąże się z dużymi utrudnieniami podczas modernizacji, gdyż wymagane jest utrzymanie pracy przewozowej (nawet w mocno ograniczonym zakresie).

Modernizacja obejmie całą grupę torów towarowych stacji i rozbudowę torów pasażerskich (tory i perony). Oczywistą konsekwencją konieczności utrzymania ruchu na stacji wynikającą z braku możliwości prowadzenia pociągów (zarówno osobowych jak i towarowych) innymi kierunkami jest koordynacja robót w dużo większym zakresie. Równocześnie należy podkreślić, jego zdaniem, że zachowanie ruchu pociągów towarowych jest niezmiernie istotne z uwagi na fakt, że przez stację kolejową Warszawa Gdańska odbywa się ruch towarowy w jedyny możliwy sposób w Warszawie.

Przedmiotowe zamówienie jest powiązany z inną inwestycją zamawiającego tj. Poprawa bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie. Oba zadania wykorzystują ten sam okres zamknięć torowych. Podczas prowadzenia prac priorytetem jest utrzymanie ruchu kolejowego zarówno pasażerskiego, jak i towarowego.

Ponadto stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie zasadności podnoszonego zarzutu. Zamawiający dokonując sformułowania warunków udziału w postępowaniu uznał, że wykonawca, który wykonał zamówienie dla jednej stacji o wartości ok. 60% wartości zamówienia jest takim wykonawcą, który może dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ponadto wykonawcy mogą dla wykonania tego zamówienia łączyć się w konsorcja celem łączenia swoich potencjałów umożliwiających im wzięcie udziału w postępowaniu. Nadto wykonawca może również w tym zakresie korzystać z zasobów innego podmiotu w trybie art. 26 ustęp 2b Pzp. Dlatego też uważa, że jeśli wykonawca nie spełnia wymogu wykazania się wykonaniem robót o

określonej wartości, jak również nie ma zdolności do zawarcia konsorcjum w tym zakresie, a także możliwości uzyskania zasobów od innego podmiotu, to tym samym taki wykonawca nie może dawać rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Przystępujący do postępowania wykonawca STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołane nie jest zasadne i podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu, obejmuje krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu dostępu do złożenia oferty i obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum.

Ponadto na wstępie odniesienia wymaga zarzut podniesiony przez Odwołującego iż zgłoszenie przystąpienia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., nie spełnia wymagań z art. 185 ust.2 ustawy Pzp.,. Odwołujący podniósł także zarzut ewentualny iż w razie nieuwzględnienia powyższego zarzutu zgłasza opozycję wobec przystąpienia. Podniósł, że przystępujący nie wykazał jaki to posiada interes w tym, aby odwołanie było rozstrzygnięte zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu. Jego zdaniem stanowisko popierające Zamawiającego jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji, gdyż nie powoduje zwiększenia konkurencyjności pomiędzy wykonawcami.

Izba nie uwzględniła wniosków Odwołującego w tym zakresie i stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., do postępowania odwoławczego. Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust 2 Pzp. W uzasadnieniu postanowienia Izby stwierdzić należy, że przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia podał, że jego zdaniem warunki udziału w

postępowaniu zostały ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a ich złagodzenie może utrudnić mu uzyskanie zamówienia, ze względu na większą konkurencję w postępowaniu. Należy podać, że interes zarówno odwołującego jak i przystępującego, w tym w szczególności przy odwołaniach od treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu czy też treści SIWZ należy rozpatrywać przez pryzmat ich partykularnych interesów. W świetle ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego nie stanowią środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale są środkami zmierzający do wyboru w przyszłości ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Za wyrokiem SO w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, stwierdzić należy, że *postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego.*

Przed merytorycznym rozpatrzeniem podniesionych zarzutów należy wskazać iż zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W myśl art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Określone przez Zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Użyte przez Ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Postawione warunki udziału w postępowaniu winny zależeć od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i wymaganych umiejętności specjalnych” ( por. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt 2516/13).



Postawiony wykonawcom warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należy oceniać także przez pryzmat praktyki wypracowanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości na gruncie stosowania prawa UE. Przykładowo wskazać można orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN AG I Wienstrom GmbH*, gdzie zostało stwierdzone, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. W wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serranloni Srl i Consorzio stabile edili Sch przeciwko Comune di Milano (C-376/08)*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie *Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03)*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto ETS w wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii (C-414/97)* wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Przez pryzmat powyższych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, niezbędne jest interpretowanie określenia "proporcjonalny" w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nienadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia wymagań Zamawiającego. Zauważyć należy, że w praktyce zamówień publicznych, nie jest w zasadzie możliwe takie postawienie i opisanie warunku udziału w postępowaniu, aby taki opis nie uniemożliwiał części wykonawców, możliwości złożenia oferty. Każde sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, ustalające pewien pułap wymagalności wobec potencjalnych wykonawców, od razu eliminuje z postępowania podmioty wymogów tych niespełniających. Warunkiem nienaruszania zasady uczciwej konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry udziału w postępowaniu podmiotom mogącym dane zamówienie w sposób profesjonalny wykonać. Nie oznacza, to jednak wcale, że postawione warunki muszą być możliwe do spełnienia dla wszystkich potencjalnie zainteresowanych wykonawców. Konkurencja w postępowaniu winna mieć miejsce tylko wśród wykonawców dających

rękojmiem należytego wykonania zamówienia. Ta Zamawiający jako podmiot odpowiadający za racjonalne wydatkowanie środków publicznych winien ustalić warunki udziału na takim pułapie, aby wszyscy wykonawcy mogący to zamówienie prawidłowo wykonać, nie zostali z niego już na etapie formułowania warunków udziału, pozbawieni możliwości wzięcia w nim udziału.

Przed merytoryczną oceną zasadności podniesionego zarzutu, uzasadniająca treść przedmiotowego orzeczenia Izby, podać należy, że w wyniku dokonanej zmiany treści kwestionowanego postanowienia Ogłoszenia, dokonanej przez Zamawiającego, Odwołujący na rozprawie oświadczył, że cofa podniesiony zarzut w części odnoszącej się do wymagania, aby wykonawca wykazał się w ramach jednego zamówienia o wskazanej wartości również wykonaniem robót w zakresie „urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji kolejowej”. Tym samym kwestia ta nie podlegała ocenie i rozstrzygnięciu przez Izbę.

Wskazać należy za Zamawiającym, że zgodnie z treścią pkt II.1.5 Ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem zamówienia jest „*Modernizacja linii nr 20 w obrębie stacji PKP Warszawa Gdańska w powiązaniu z linią E 65 i stacją metra A 17 Dworzec Gdański etap II*” w ramach projektu „*Prace na linii obwodowej w Warszawie (ode. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia - Warszawa)*”, w której zakres wchodzi wykonanie niezbędnej do realizacji dokumentacji projektowej i robót budowlanych obejmujących przebudowę układu torowego, peronu, odwodnienia, urządzeń SRK, energetycznych, teletechnicznych i obiektów inżynierskich na linii nr 20 i nr 509 w obrębie stacji Warszawa Gdańska.

Stwierdzić należy także, że Odwołujący nie kwestionował postawionego warunku udziału co do potrzeby wykazania się wartością wykonanych robót, lecz kwestionował naruszenie zasady proporcjonalności postawionego warunku i jego opisu, w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podał, że niezasadne jest żądanie wykazaniem się przez wykonawców wykonaniem robót objętych przedmiotem zamówienia w ramach robót na jednej stacji (jednej stacji kolejowej o wartości co najmniej 55 000 000,00 PLN brutto). Stwierdził, że taką samą wiedzę i doświadczenie będzie posiadał także wykonawca który roboty o wymaganej wielkości i zakresie wykona nie tylko na jednej, ale także na jednej lub więcej stacji kolejowych lub stacji metra o wartość łącznej co najmniej 55 000 000,00 PLN brutto. Tym samym spełnienie warunku udziału odnoszącego się do jego wartości winna stanowić suma wartości robót wykonanych na bliżej nieokreślonej ilości stacji kolejowych.

Izba odnosząc się do kwestii proporcjonalności postawionego warunku w oparciu o zaprezentowane stanowiska stron stwierdza, że postawiony warunek co do wykonania robót w wymaganej wysokości, na jednej stacji nie wydaje się być warunkiem wygórowanym. Wartość przedmiotowego zamówienia została przez Zamawiającego oszacowana na kwotę ponad 20 ml euro/netto/. Dokładna kwota szacunkowej wartości zamówienia nie została przez Zamawiającego ujawniona i wskazana w ogłoszeniu. Porównując kwotę wskazaną w

warunku udziału z kwotą Zamówienia, to wynosi ona – pomiędzy 50 a 60% wartości zamówienia, co przy tym przedmiocie zamówienia, biorąc pod uwagę jego charakterystykę i złożoność, jest wielkością do zaakceptowania.

Podstawowy spór pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania dotyczył wymagania, aby roboty o ww. wartości i przedmiocie były wykonane w ramach robót na jednej stacji kolejowej. Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, że biorąc pod uwagę zakres do wykonania robót tj. niekwestionowanego przez Odwołującego faktu, że *stacja Warszawa Gdańska łączy linie o różnym profilu ruchowym, co wiąże się z dużymi utrudnieniami podczas modernizacji, gdyż wymagane jest utrzymanie pracy przewozowej (nawet w mocno ograniczonym zakresie). Modernizacja obejmie całą grupę torów towarowych stacji i rozbudowę torów pasażerskich (tory i perony). Ponadto zachowanie ruchu pociągów towarowych jest niezmiernie istotne z uwagi na fakt, że przez stację kolejową Warszawa Gdańska odbywa się ruch towarowy w jedyny możliwy sposób w Warszawie, to zadanie objęte zamówieniem może wykonać tylko wykonawca, który posiada odpowiednio wysoką wiedzę i doświadczenie, nabytą przy realizacji podobnych zamówień.*

Zwrócenia uwagi wymaga fakt, że Odwołujący zarówno w odwołaniu jak i w trakcie rozprawy nie był w stanie wskazać do jakiej konkretnej ilości należałoby zwiększyć liczbę Stacji, tak aby mógł samodzielnie spełnić postawiony w tym zakresie warunek udziału. Innej ocenie podlegałaby sytuacja gdyby Odwołujący domagał się zwiększenia ilości stacji na których wykonanie robót mogłoby być zaliczone do warunku np. do 2 czy 3, czyli wartość wykonanych robót wynosiłaby wtedy np. ponad dwadzieścia milionów zł, a inaczej musi być oceniana sytuacja kiedy Odwołujący tej ilości nie wskazuje. Dlatego też słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że wprowadzenie takiej zmiany pozwoliłoby na wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy wymaganą wartość zamówień wskazaną w warunku, uzyskaliby w trakcie robót na kilkunastu czy nawet kilkudziesięciu stacjach – wykonując tam roboty o wartości np. kilkaset tysięcy czy kilku milionów złotych. Wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu - wg. Zamawiającego „takiej drobnicy robót” powodowałoby, że taki wykonawca nie posiadałby odpowiedniej wiedzy i doświadczenia dla wykonania robót na tak skomplikowanej technicznie i logistycznie stacji kolejowej. Wykazanie się doświadczeniem, jak tego oczekiwał Odwołujący, nie byłoby adekwatne do rozmiaru i wielkości zamawianego przedsięwzięcia, a także potrzeby posiadania zdolności koordynacji wykonywania szeregu skomplikowanych robót na jednej stacji.

Zdaniem Izby, nie wymaga dowodzenia fakt, że inny jest zakres robót na małej stacji kolejowej z wyłączonym ruchem pociągów, czy też ruchem bardzo niewielkim, z zakresem robót na tak dużej stacji jak Warszawa Gdańska, gdzie należy zorganizować nie tylko wykonywanie robót budowlanych, ale także zapewnić nieprzerwaną komunikację kolejową .

Wymaga to wiedzy i doświadczenia przede wszystkim w zakresie organizacji pracy i koordynacji pracy ewentualnych podwykonawców.

Racje należy również przyznać stanowisku Zamawiającego iż dopuszczenie dla spełnienia tego warunku udziału robotami wykonywanymi na stacjach metra, jest niezasadne, gdyż roboty tam wykonywane nie są porównywalne z robotami na dużej stacji kolejowej, gdzie roboty wymagają innych umiejętności i kompetencji /roboty ziemne, konstrukcyjne/, niż roboty na czynnej stacji kolejowej.

Niezasadny jest również zarzut Odwołującego, dotyczący niezasadnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu przez tak wskazany warunek udziału. Zamawiający w oparciu o przykłady realizowanych na jego rzecz, wcześniejszych zamówień (wykazane w oparciu o konkretne umowy) przez różnych wykonawców, wykazał iż tylko na rynku polskim funkcjonuje co najmniej kilkanaście podmiotów, którzy są w stanie spełnić postawione warunki udziału. Nadmienić należy, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, gdzie Zamawiający do złożenia ofert zaprosi maksymalnie pięciu wykonawców.

Tym samym niespornym jest, że tylko na rynku polskim funkcjonuje ponad dwukrotnie więcej podmiotów spełniających postawione warunki niż liczba, która będzie mogła być zaproszona do złożenia ofert.

Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez dany podmiot, nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Tak jak i sam Odwołujący. Ma on możliwość zawarcia umowy konsorcjum w trybie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp dla realizacji tego zamówienia, jak również może w celu wykazania spełnienia warunku udziału posiłkować się zasobami podmiotu trzeciego w trybie przepisu art. 26 ust.2b ustawy Pzp.

Nie można również zdaniem Izby podzielić argumentacji Odwołującego, która prowadziła do przyjęcia wniosku, jakoby zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażona w art. 7 ust.1 Pzp oraz wytyczne dotyczące dokonywania opisu warunków udziału w postępowaniu, zawarte w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp miały być postrzegane w taki sposób, że Zamawiający obowiązany jest postawić taki warunek udziału i dokonać takiego opisu jego spełniania, by ten warunek odpowiadał Odwołującemu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.1 i 7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy,

które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w zakresie zarzutu podniesionego w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący .....