

**Sygn. akt: KIO 613/16**

**WYROK**  
**z dnia 5 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **PORR Polska Construction Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35 (02-822 Warszawa), **PORR BAU GmbH** z siedzibą w Wiedniu, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń (Austria)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74 (03-734 Warszawa)

**orzeka:**

**1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 11.04.2016 r. i nakazuje ponowną ocenę wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.**

1. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – PKP PLK S.A. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **PORR Polska Construcion S.A.** z siedzibą w Warszawie, **PORR BAU GmbH** z siedzibą w Wiedniu tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego – PKP PLK S.A. na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **PORR Polska Construcion S.A.** z siedzibą w Warszawie, **PORR BAU GmbH** z siedzibą w Wiedniu kwotę **23.600 zł 00 gr.** (słownie:

dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP PLK S.A. z/s w Warszawie w trybie przetargu ograniczonego na *polepszenie jakości usług przewozowych na liniach objazdowych 31, 32, 36 w ramach projektu „Prace na linii E 75 na odcinku Sadowne-Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów-Sadowe”* (nr postępowania: 6060/1CZ3/10052/04206/15/P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 184-333345 w dniu 23 września 2015 r., wobec czynności wykluczenia z postępowania i braku zakwalifikowania do dalszego etapu i złożenia oferty konsorcjum Porr Polska Construction S.A, Porr BAU GmbH wniosło w dniu 21 kwietnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 613/16). Zamawiający w dniu 11 kwietnia 2016 r. przekazał Odwołującemu informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu z postępowania Odwołującego i wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania w wyniku błędnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 2) art. 51 ust. 1, 3 i 4 Pzp poprzez niezakwalifikowanie Odwołującego do złożenia oferty pomimo, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, a zatem Zamawiający winien zaprosić wszystkich wykonawców spełniających te warunki;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz czynności polegającej na wyłonieniu wykonawców zaproszonych do składania ofert, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny wniosku Odwołującego i nakazanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

Interes do wniesienia odwołania znajduje uzasadnienie w tym, że Odwołujący złożył wniosek, w którym wykazał, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a w wyniku błędnej oceny przez Zamawiającego spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, został pozbawiony możliwości złożenia oferty, przez co narażony został na poniesienie szkody w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia.

W podstawie faktycznej zarzutów Odwołujący odniósł się do przyczyny wskazanej przez Zamawiającego w podstawie wykluczenia z postępowania, tj. rzekomego braku wykazania dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia, tj. kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych, posiadającym uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz posiadającego co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy prawo budowlane) lub modernizacją lub odnowieniem (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w zakresie budynków i budowli (pkt III.2.3 ppkt IV ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący wskazał we wniosku osobę na stanowisko Kierownika robót, której doświadczenie Zamawiający w części uznał (budowa łącznicy Lotnisko Okęcie), wyłączając prace budowlane dotyczące stacji metra. Zgodnie z informacją z dnia 11.04.2016 r. Zamawiający uznał, iż wskazana osoba posiada jedynie 33 miesiące z wymaganych 36 miesięcy (3 lata) doświadczenia przy robotach związanych z infrastrukturą kolejową (doświadczenie wskazane w pkt 1). Zamawiający uznał, iż prace przy budowie metra, zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym, nie są robotami związanymi z infrastrukturą kolejową, bowiem zgodnie z w/w ustawą – infrastruktura kolejowa to linie kolejowe oraz inne budowle, budynki i urządzenia wraz z zajętymi pod nie gruntami, usytuowane w obszarze kolejowym, przeznaczone do zarządzania, obsługi przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury. Żadna z wymienionych w wykazie robót dotyczących metra nie jest usytuowana na obszarze kolejowym, a tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej interpretacji i wykładni przepisów ustawy o transporcie kolejowym w zakresie definicji pojęcia „infrastruktura kolejowa”, przyjmując, że metro nie jest usytuowane na obszarze kolejowym. Doprowadziło to do braku uwzględnienia doświadczenia wskazanej osoby zdobytego przy budowie obiektów budowlanych i budowli stacji metra.

Przepisy ustawy o transporcie kolejowym znajdują zastosowanie również do metra, jako szybkiej kolei miejskiej, która nie jest uregulowana żadnym odrębnym aktem prawnym. Zgodnie z ustawą do metra znajdują zastosowanie przepisy ogólne (rozdział 1), przepisy dotyczące szczególnych zasad i warunków przygotowania inwestycji dotyczących linii kolejowych (rozdział 2b); przepisy dotyczące Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (rozdział 3); przepisy dotyczące bezpieczeństwa transportu kolejowego (rozdział 4); przepisy dotyczące ochrony porządku na obszarze kolejowym (rozdział 10) oraz przepisy karne (rozdział 11). Przy braku zdefiniowania w akcie prawnym pojęcia „metro” koniecznym jest

ustalenie jego znaczenia na podstawie przepisów ogólnych (rozdział 1 OoTK) i z uwagi na charakter, konstrukcję oraz przeznaczenie, należy uznać je za „linię kolejową” w rozumieniu art. 4 pkt 2 UoTK, tj. drogę kolejową mającą początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajęтыми pod nie gruntami. Nie ulega również wątpliwości, iż elementem metra jest „droga kolejowa” rozumiana zgodnie z art. 4 pkt 1a UoTK jako nawierzchnia wraz z podtorzem i budowlami inżynieryjnymi oraz gruntem, na którym jest usytuowana. Infrastrukturą kolejową w rozumieniu art. 4 pkt 1 UoTK, są *linie kolejowe oraz inne budowle, budynki, urządzenia wraz z zajęтыми pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym, przeznaczone do zarządzania, obsługi przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury*. Wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający zakwestionował uznanie metra za infrastrukturę kolejową, arbitralnie uznając, iż metro nie jest zlokalizowane na obszarze kolejowym. Mając na uwadze konieczność zachowania spójności przepisów ustawy UoTK oraz wynikający z art. 2 pkt 1 UoTK obowiązek ich stosowania również do metra. Odwołujący przywołał definicję obszaru kolejowego z art. 4 pkt 8 UoTK, rozumianego, jako *powierzchnia gruntu określona działkami ewidencyjnymi, na której znajduje się droga kolejowa, budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do zarządzania, eksploatacji i utrzymania linii kolejowej oraz przewozu osób i rzeczy*.

Prezentowane stanowisko Odwołujący wywodził z potrzeby zachowania spójności przepisów ustawy UoTK oraz wynikający z art. 2 pkt 1 UoTK obowiązek ich stosowania również do metra, a także z orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 24 marca 2003 r. (sygn. akt P 14/01), wydanego na skutek pytania prawnego Naczelnego Sądu Administracyjnego, który rozpatrywał odwołanie od decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego, które uchyliło decyzję Burmistrza Gminy Ursynów o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu w zakresie warunków zagospodarowania terenu pod inwestycję biurowo-magazynową zlokalizowaną w sąsiedztwie metra ze względu na brak *odniesienia się do obowiązku zachowania unormowanej przepisami prawa odległości usytuowania inwestycji od granic obszaru kolejowego*. Powyższe wskazuje na właściwe rozumienie przepisów ustawy o transporcie kolejowym, w oparciu o które inwestycje związane z budową metra powinny być kwalifikowane jako dotyczące infrastruktury kolejowej.

Obowiązujące w dacie realizowanych inwestycji przepisy ustawy z 2 grudnia 1960 r. o kolejach, również stanowiły podstawę dla uznania metra za „kolej” w rozumieniu art. 1 pkt 1 tejże ustawy.

Ponieważ Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania uznając, iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu, doszło do naruszenia art. 51 ust. 1, 2 i 4 Pzp, gdyż Odwołujący powinien zostać zaproszony do złożenia oferty.

## Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody będące wynikiem kwestionowanych czynności Zamawiającego. Oceny tej Izba zobowiązana była dokonać z uwzględnieniem zakres zarzutów i żądań z nich wynikających, skierowanych wobec czynności oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, co decydowało o jego dalszym udziale w postępowaniu i możliwości złożenia oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, jego dalszy udział w postępowaniu może doprowadzić do złożenia najkorzystniejszej oferty, a tym samym otworzy mu drogę do uzyskania zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, iż odwołanie miało na celu ochronę interesu Odwołującego, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, od którego prawidłowej oceny uzależnione jest zaproszenie tego wykonawcy do złożenia oferty. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenia o zamówieniu oraz wniosku Odwołującego wraz z dokumentami uzupełnionymi w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Po przeprowadzeniu postępowania uzupełniającego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, pismem z dnia 11.04.2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy wskazując w uzasadnieniu faktycznym, iż nie zostało wykazane posiadanie co najmniej 3 lata doświadczenia na robotach związanych z budową lub przebudową, modernizacją lub odnowieniem infrastruktury kolejowej przez zaproponowaną osobę na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych. Zamawiający spośród wykazanych robót uznał, iż posiada ona

doświadczenie w okresie 33 miesięcy przy robotach związanych z infrastrukturą kolejową. Pozostałe, wymienione przy budowie metra prace, nie są zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym, robotami związanymi z infrastrukturą kolejową, którymi są linie kolejowe oraz inne budowle, budynki i urządzenia wraz z zajętyimi pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym przeznaczone do zarządzania, obsługi, przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury. Żadna z wymienionych w wykazie robót dotyczących metra nie jest usytuowana na obszarze kolejowym, a tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż podstawą dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt IV.4 ogłoszenia w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych były dokumenty złożone we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz uzupełnione pismem Odwołującego z dnia 23.03.2016 r., w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, tj. wykazu osób.

Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, określając dla kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych konieczne doświadczenie, tj. *co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizacją lub odnowieniem (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w zakresie budynków i budowli.*

W uwadze zamieszczonej w ogłoszeniu Zamawiający wskazał, iż *użyte powyżej sformułowanie „infrastruktura kolejowa” należy rozumieć w znaczeniu określonym w ustawie z 28.3.2003 o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. 2013 poz. 1594 z późn. zm.).*

Odwołujący w stosunku do osoby zgłoszonej na stanowisko Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wykazał jej doświadczenie zdobyte między innymi przy *modernizacji linii kolejowej nr 8, budowa łączy lotnisko Okęcie* (liczba miesięcy 33 - uznane przez Zamawiającego) oraz szereg innych inwestycji, w tym dotyczących: budowy stacji metra (A-18, A-14, A-13, A-7, A-9) w latach: od 1990-1999 oraz 2003-2005 (doświadczenie nie uznane przez Zamawiającego).

Zamawiający uznał, iż prace dotyczące stacji metra *nie są zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym, robotami związanymi z infrastrukturą kolejową, którymi są linie kolejowe oraz inne budowle, budynki i urządzenia wraz z zajętyimi pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym przeznaczone do zarządzania, obsługi, przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury. Żadna z wymienionych*

*w wykazie robót dotyczących metra nie jest usytuowana na obszarze kolejowym, a tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego przez Zamawiającego.*

Na rozprawie Zamawiający wskazywał, iż obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania przepisy ustawy o transporcie kolejowym rozróżniają infrastrukturę kolejową od metra, co miało wskazywać, na wyłączenie z zakresu infrastruktury kolejowej infrastruktury metra.

### **Mając na uwadze powyższe Izba zważyła.**

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zasadniczo dla oceny, czy Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu przesądzające były zapisy ogłoszenia, w których Zamawiający odsyłał w zakresie ustalenia zakresu znaczeniowego pojęcia *infrastruktura kolejowa* do przepisów ustawy o transporcie kolejowym, rozumianej jako *droga kolejowa mająca początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajęтыми pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym przeznaczone do zarządzania, obsługi, przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury (art.4 pkt 1 UoTK)*. Ustawa określa również pojęcie obszaru kolejowego i drogi kolejowej, odpowiednio w art. 4 pkt 1a i 8.

Obszar kolejowy to – *powierzchnia gruntu określona działkami ewidencyjnymi, na której znajduje się droga kolejowa, budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do zarządzania, eksploatacji i utrzymania linii kolejowej oraz przewozu osób i rzeczy (art. 4 pkt 8 Uo TK)*.

Droga kolejowa to – *nawierzchnia kolejowa wraz z podtorzem i budowlami inżynieryjnymi oraz gruntem, na którym jest usytuowana (art. 4 pkt 1a Uo TK)*.

W art. 1 UoTK określony został zakres materii ustawowej, którą objęto między innymi zasady korzystania z infrastruktury kolejowej, zarządzania infrastrukturą kolejową i jej utrzymania, a w art. 2 tejże ustawy wskazano, iż jej przepisy stosuje się także do metra, z wyjątkiem rozdziałów 2, 2b 4a-9 i 12, art. 13 ust. 1, art. 14a, art. 23 ust. 3-5 oraz art. 23 a-23j, a przepisy rozdziału 10 stosuje się odpowiednio. Zamawiający na rozprawie przyznał, iż przepisy ustawy o transporcie kolejowym nie zawierają definicji metra, chociaż regulacja dotycząca tej infrastruktury jest objęta materią regulowaną w ustawie. Zamawiający zwracał szczególną uwagę na rozróżnienie w dalszych przepisach ustawy, jak i przepisach wykonawczych zasad dotyczących dopuszczenia do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych, warunków technicznych, czy też uprawnień Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego i wydawanych odrębnych świadectw bezpieczeństwa, w których nie używa się określenia infrastruktura kolejowa w stosunku do metra.



Izba uwzględniając odwołanie uznała, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu, przy opisie warunku udziału w postępowaniu nie ograniczył zakresu znaczeniowego pojęciowego infrastruktury kolejowej, poprzez wyłączenie metra, co do którego znajdują zastosowanie przepisy rozdziału 1 (w tym zawarte tam definicje: *infrastruktury kolejowej*, *obszaru kolejowego* oraz *drogi kolejowej*). Nie było wątpliwym w sprawie, iż przepisy ustawy o transporcie kolejowym stosuje się również do metra i na tej podstawie wydawane są przepisy wykonawcze, między innymi nadal obowiązujące rozporządzenie z dnia 17 czerwca 2011 r. Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać obiekty metra i ich usytuowanie (Dz. U. 2011 Nr 144 poz. 859), jak również wydawane są przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego świadectwa bezpieczeństwa. Na rozprawie Odwołujący przedstawił kopie świadectw bezpieczeństwa o nr 131/PK/06 i Nr 132/ZI/06 z grudnia 2006 r., wydane odpowiednio dla Metra Warszawskiego Sp. z o.o. jako przewoźnika kolejowego oraz zarządcy infrastruktury kolejowej. Izba dopuściła te dokumenty, jako dowody w sprawie na okoliczność ustalenia, iż organy właściwe do stosowania przepisów ustawy o transporcie kolejowym, uznają metro za infrastrukturę kolejową. Okoliczność, iż utraciły one ważność z dniem 21 grudnia 2011 r. w ocenie Izby nie umniejsza ich wartości dowodowej i wskazuje jedynie na konieczność uzyskania nowych świadectw bezpieczeństwa stwierdzających spełnienie wymagań w zakresie bezpieczeństwa prowadzenia ruchu kolejowego. Potwierdza to również przedłożony przez Odwołującego wyciąg z informacji o wynikach kontroli NIK ze stycznia 2007 r., w którym wskazuje się na obowiązek Zarządu Metra Warszawskiego Sp. z o.o. uzyskania świadectw bezpieczeństwa jako przewoźnika kolejowego i zarządcy infrastruktury kolejowej (art. 69 UoTK). Zamawiający nie przedstawił żadnych ważkich argumentów, które stałyby na przeszkodzie uznaniu, że przepis ustawy o transporcie kolejowym nadal wymagają uzyskania świadectw bezpieczeństwa, wydawanych dla zarządcy infrastruktury kolejowej oraz przewoźnika kolejowego jakim jest Metro Warszawskie Sp. z o.o.

Zasadniczo Izba uznała, iż brak precyzji Zamawiającego na etapie ustalania warunku udziału w postępowaniu nie mógł prowadzić do wykluczenia Odwołującego z postępowania, w sytuacji gdy przepisy ustawy o transporcie kolejowym uprawniały do uznania metra za infrastrukturę kolejową, a tym samym przyjęcia, iż doświadczenie w budowie stacji metra spełniać będzie warunek dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Samo wskazanie w ogłoszeniu w uwadze, na rozumienie pojęcia użytego w opisie warunku *infrastruktura kolejowa* w kontekście przepisów ustawy o transporcie kolejowym, nie dawało podstawy do tego, aby arbitralnie na etapie oceny wniosku wyłączyć metro z zakresu *infrastruktury kolejowej*. W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego wynikająca z analizy pojęć używanych w przepisach UoTK oraz aktach wykonawczych nie była wystarczająca dla

stwierdzenia, że metro nie jest traktowane jako *infrastruktura kolejowa* chociażby z tego względu, że stanowi obszar kolejowy w rozumieniu przepisów ustawy. Zamawiający poza zaprzeczeniem możliwości uznania, że metro położone jest na obszarze kolejowym, w żaden sposób nie wykazał prawidłowości swojego stanowiska, któremu przeczą wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego świadectwa bezpieczeństwa, czy też przywołane stanowisko TK, które pośrednio odnosi się do obowiązku zachowania unormowanej przepisami prawa odległości usytuowania inwestycji od granic obszaru kolejowego (metra).

Obowiązkiem Zamawiającego jest przestrzeganie ustalonych warunków, na jakich dokonywana miała być weryfikacja złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dokonanie zawężającej ich wykładni już po złożeniu wniosków powoduje, że ulegają one zmianie, a dalsze czynności Zamawiającego prowadzić muszą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jedynie stosowanie się do ustalonych na początku postępowania zasad uchronić może Zamawiającego przed zarzutami tak ze strony uczestników postępowania, jak i innych organów kontrolujących proces udzielania zamówień i wydatkowania środków publicznych. W niniejszej sprawie Odwołujący nie miał podstaw do przyjęcia, że Zamawiający nie uzna doświadczenia w budowie metra, które w świetle definicji legalnej zawartej w ustawie przywołanej przez Zamawiającego stanowi drogę kolejową mającą początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajętymi pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym przeznaczone do zarządzania, obsługi, przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury (*art. 4 pkt 1 UoTK*). Skoro definicja legalna odwołuje się do elementów infrastruktury, takich jak droga kolejowa, która wyznacza obszar kolejowy, to nie ma podstaw do odmowy przyjęcia interpretacji prezentowanej przez Odwołującego, iż metro stanowi *infrastrukturę kolejową*. Dodatkowo potwierdzeniem prawidłowości takiego toku interpretacji przepisów ustawy były przedłożone na rozprawie kopie świadectw bezpieczeństwa, w których wprost używa się określenia *zarządca infrastruktury kolejowej*, czy też *przewoźnik kolejowy* dla Metro Warszawskie Sp. z o.o.

W świetle powyższego przy ocenie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia obowiązków Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych Zamawiający powinien uwzględnić roboty związane z budową metra i poddać je ocenie pod kątem ich zakresu rzeczowego, tj. ustalenia, czy stanowiły one budowę, przebudowę, modernizację lub odnowienie infrastruktury kolejowej. Ponieważ Zamawiający nie skierował jeszcze zaproszenia do złożenia ofert, unieważnieniu podlegała wyłącznie czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający miało wpływ na wynik postępowania, przez określenie kręgu podmiotów, które zostaną zaproszone do złożenia oferty w postępowaniu dwuetapowym, co na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy prowadziło do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie jednego pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

**Przewodniczący: .....**