

Sygn. akt KIO 2328/15

KIO 2361/15

**WYROK**

**z dnia 9 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**  
**Emil Kuriata**  
**Honorata Łopianowska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 29 października 2015 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** (sygn. akt KIO 2328/15),

B. w dniu 30 października 2015 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** (sygn. akt KIO 2361/15),

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2328/15, KIO 2361/15 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Torpol S.A., ul. Mogileńska 10g, 61-052 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2328/15 po stronie odwołującego,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

**orzeka:**

1. A. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2328/15,**  
B. **uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2361/15 i nakazuje zamawiającemu zmianę zasad kwalifikacji wykonawców do etapu składania ofert (pkt IV.1.2 ppkt I.4 ogłoszenia o zamówieniu), poprzez rezygnację z przyznawania punktów za doświadczenie udostępnione wykonawcy przez podmioty trzecie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** (KIO 2328/15) oraz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** (KIO 2361/15), i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, w tym:

A kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 2328/15,

B kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 2361/15,

2.2 zasądza kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** stanowiącą koszty poniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2361/15 z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 2328/15**

**Sygn. akt KIO 2361/15**

## **Uzasadnienie**

### **KIO 2328/15**

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego oraz realizację robót LOT B w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ 7.1.-19.1.a „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie - Radom (LOT A,B,F) - Faza II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 października 2015 r. pod nr 2015/S 202-365327. Zmiana ogłoszenia nastąpiła w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 października 2015 r. pod nr 2015/S 205-371574.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie:

1. pkt IV.2.2, tj. w odniesieniu do „Informacji na temat aukcji elektronicznej”,
2. pkt IV 1.2) ppkt 1-4 ogłoszenia w odniesieniu do „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” w części odnoszącej się do opisu sposobu dokonania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy ilość przewidzianą w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 91 a ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przewidzenie w ogłoszeniu o zamówieniu przeprowadzenia aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo, że przedmiot zamówienia dotyczy działalności twórczej, a tym samym naruszenie uczciwej konkurencji,
2. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, poprzez naruszający uczciwą konkurencję, nieprecyzyjny, nieobiektywny i dyskryminujący opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany treści Ogłoszenia, poprzez wykreślenie treści pkt IV.2.2. i w konsekwencji rezygnację z aukcji elektronicznej w niniejszym postępowaniu,
2. zmiany treści ogłoszenia w zakresie Ppt IV 1.2. ppkt 1, 2, 3 i 4 poprzez:
  - doprecyzowanie w ppkt 1 i ppkt 2, czy chodzi o 20 km wykonanego toru kolejowego czy też za 20 km wykonanej dwutorowej zelektryfikowanej linii kolejowej,

- rezygnację w ppkt 1 i ppkt 2 z określenia wartości robót,
- zmianę ppkt 3 poprzez nadanie mu treści:

„Za KAŻDĄ zrealizowaną zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończoną budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) jednej stacji kolejowej (przy czym budowa lub przebudowa obejmowała co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony) - Wykonawca otrzyma 20 punktów”,

- rezygnację w ppkt 4 z ograniczenia maksymalnej łącznej liczby punktów oraz ewentualnie dodatkowo zmniejszenie liczby punktów, jakie można uzyskać w związku z wykonaniem jednostkowego obiektu.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania, jako podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym - w sektorze kolejowych inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w trybie ustawy Pzp. Niezgodne z prawem postanowienia ogłoszenia powodują, że Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty i tym samym utracić szansę na uzyskanie zamówienia. Na skutek zaskarżonej czynności Zamawiającego, Odwołujący nie będzie w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z Pzp oferty.

### **I. Aukcja elektroniczna**

Zgodnie z przepisem art. 91 a ust. 1 Pzp, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 Pzp, Zamawiający po dokonaniu oceny ofert przeprowadza aukcję elektroniczną, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazał w pkt IV. 2.2. Ogłoszenia, że zamierza przeprowadzić aukcję elektroniczną w przypadku, gdy w toku postępowania zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zdaniem odwołującego, postanowienie to w oczywisty sposób narusza regułę wyrażoną w art. 91 a ust. 2 Pzp, w którym Ustawodawca wykluczył możliwość przeprowadzenia aukcji w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej i naukowej.

Przedmiot niniejszego postępowania obejmuje opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego oraz realizację robót (pkt II.1.1 Ogłoszenia). Okoliczność ta dyskwalifikuje możliwość zastosowania „dogrywki” w postaci aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem Zamawiający zamierza udzielić zamówienia w zakresie działalności twórczej.

Dla powyższego ustalenia nie stanowi przeszkody fakt, że ustawa Pzp nie zawiera

definicji legalnej pojęcia „działalność twórcza”. Miarodajne w tym zakresie są bowiem przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Do zamówień z zakresu działalności twórczej należy zaliczyć zamówienia mające za przedmiot utwór w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.. I tak w myśl art. 1 ust. 1 tej ustawy utworem jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Pkt 6 tego przepisu wskazuje na przykładowe utwory: (.,) architektoniczne, architektoniczno - urbanistyczne i urbanistyczne (art. 1 ust. 2 pkt 6 ustawy).

Zgodnie z komentowanym przepisem art. 1 ust. 1 ww. ustawy, utwór powinien wykazywać łącznie następujące cechy:

- stanowić rezultat pracy człowieka,
- stanowić przejaw działalności twórczej,
- mieć indywidualny charakter.

Określenie, że utwór stanowi przejaw „działalności twórczej” nakazuje, by utwór stanowił rezultat działalności o charakterze kreatywnym. Korzystając z bogatego orzecznictwa w omawianym zakresie wskazać należy, że przesłankę twórczości uznaje się za spełnioną, kiedy stworzone dzieło jest nowe z punktu widzenia twórcy (vide: *wyrok SN z dnia 22 czerwca 2010 r., IV CSK 359/09, OSP 2011, z. 5, poz. 59*). Cecha tak rozumianej nowości określana jest także jako „oryginalność” (J. Barta, R. Markiewicz (w:) *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011, s. 22). Pomimo zgłaszanych w doktrynie wątpliwości odnośnie trafności określenia „oryginalność” czy też w ogóle zasadności wyodrębnienia takiej przesłanki, badanie tej przesłanki polega na stwierdzeniu u autora dzieła aktywności o charakterze tworzenia. Nie stoi przy tym na przeszkodzie twórczemu działaniu wykorzystanie elementów powszechnie znanych czy ogólnie dostępnych, jednak pod warunkiem że ich „wybór, segregacja, sposób przedstawienia ma znamiona oryginalności” (*wyrok SN z dnia 25 stycznia 2006 r., I CK 281/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 286*).

Weryfikacja przesłanki indywidualności możliwa jest przez zbadanie, czy dany rezultat był, czy też nie był w pełni zdeterminowany przez opisywany przedmiot, założony cel, innymi słowy, czy jest wynikiem pracy rutynowej „szablonowej” czy też takim wynikiem, który jest jednym z możliwych do osiągnięcia przez osoby podejmujące się tego samego zadania. (J. Barta, R. Markiewicz (w:) *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Zakamycze 2005, s. 67). W orzecznictwie podkreśla się, by oceniając spełnienie wymagań stawianych utworom w art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych brać pod uwagę całość cech w ich konkretnym zestroju.

Wymaganie nowości nie jest natomiast niezbędną cechą twórczości, jako przejawu

intelektualnej działalności człowieka. Utworem może być nawet kompilacja wykorzystująca dane powszechnie dostępne pod warunkiem, że ich wybór, segregacja, sposób przedstawienia ma znamiona oryginalności (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 25.01.2006r., I CK 281/05).

W realiach niniejszej sprawy utworem, a tym samym przejawem działalności twórczej będzie projekt budowlany, którego wykonania oczekuje Zamawiający w ramach niniejszego postępowania. I tak, wykonawca, któremu Zamawiający powierzy wykonanie zamówienia zobowiązany będzie wykonać projekt budowlany (a także wykonawczy) obejmujący m. in.

- przebudowę układu torowego linii kolejowej nr 8.
- przebudowę istniejących stacji kolejowych i przystanków osobowych
- przebudowę odwodnienia znajdującego się na zdefiniowanym odcinku.
- likwidację oraz przebudowę,
- budowę przejazdów kolejowych,
- przebudowę i budowę dróg,
- budowę miejsc parkingowych.
- przebudowę podstacji trakcyjnej
- budowę nowej sieci telekomunikacyjnej dla potrzeb prowadzenia ruchu kolejowego.
- przebudowę linii potrzeb nietrakcyjnych 15 kV łącznie ze stacjami transformatorowymi, podstacjami zasilającymi itp.
- przebudowę sieci trakcyjnej,
- przebudowę systemów i urządzeń elektroenergetyki,
- przebudowę istniejących wiaduktów, przejść podziemnych, mostów i przepustów,
- budowę nowych obiektów,
- budowę nastawni.
- przebudowę sieci kablowych, energetycznych, kanalizacyjnych, wodociągowych, gazociągów itp. kolidujących z infrastrukturą kolejową.

Podobnie, tytuł ogłoszenia „*Polska - Warszawa: Usługi inżynierskie w zakresie projektowania*”, a także pkt II.1.2) „*Rodzaj zamówienia oraz lokalizacja robót budowlanych, miejsce dostawy lub świadczenia usług Roboty budowlane, Zaprojektowanie i wykonanie*” wskazują na fakt, że przedmiotem zamówienia są usługi projektowe. Zwięzły opis przedmiotu zamówienia, jaki zawiera ogłoszenie nakazuje przyjąć, że projekt budowlany stanowiący przedmiot zamówienia, chociażby ze względu na stopień skomplikowania, będzie spełniał przesłankę twórczości, o której mowa w art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Mając na względzie fakt, że przedmiot zamówienia w części dotyczącej projektowania stanowić będzie działalność twórczą, za niedopuszczalne w kontekście przepisu art. 91a ust.

2 Pzp uznać należy zastosowanie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty.

## **II. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału.**

Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, Zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu obiektywnego i niedyskryminującego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający powinien zatem wykonać ten obowiązek w taki sposób, żeby wszyscy wykonawcy mogli na jednakowych zasadach uczestniczyć w postępowaniu, co oznacza, że postanowienia ogłoszenia w tym zakresie powinny być jednoznaczne i ściśle. Zamawiający zobowiązany jest tak formułować warunki udziału w postępowaniu, aby z jednej strony nie ograniczały konkurencji i zapewniały zachowanie uczciwej konkurencji, z drugiej zaś - aby zapewnić równe traktowanie wykonawców. Zamawiający zobowiązany jest tak formułować warunki udziału w postępowaniu, aby zachowane były obie zasady określone w art. 7 Pzp, z uwzględnieniem wymogów wskazanego wyżej art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, a także były jasne i precyzyjne.(vide wyrok KIO z 05.03.2013, KIO 375/13).

W realiach niniejszej sprawy, Zamawiający wskazał sposób dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania oferty w pkt IV.1.2) ppkt 1-4 zmienionego Ogłoszenia, który w ocenie Odwołującego narusza wskazane wyżej przepisy Pzp.

I tak w pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 1 ogłoszenia wskazano:

*„Za KAŻDE zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym), odcinek o długości 20 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej zelektryfikowanej o wartości co najmniej 44 000 000,00 PLN brutto (słownie: czterdzieści cztery miliony złotych), przy czym co najmniej 10 km robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim - Wykonawca otrzyma 30 punktów. Za każdy kolejny wybudowany, przebudowany lub zmodernizowany, w ramach powyższego zamówienia, odcinek nawierzchni torowej na linii dwutorowej zelektryfikowanej o długości 10 km, (maksymalnie cztery odcinki) - Wykonawca otrzyma 5 dodatkowych punktów (maksymalnie 20 dodatkowych punktów). W sumie wykonawca może otrzymać 50 punktów w jednym Zamówieniu)”;*

Z powyższego opisu nie wynika, czy zamawiający przyzna punkty za 20 km wykonanego toru kolejowego, czy też za 20 km wykonanej dwutorowej zelektryfikowanej linii kolejowej.

Ponadto, Zamawiający nie wskazał jednoznacznie, czy warunek określający wartość robót budowlanych na poziomie 44 mln PLN brutto dotyczy samych robót torowych, czy też wszystkich robót wykonanych w ramach danego kontraktu. W przypadku gdyby okazało się, że zamawiający żąda wykonania 20 torokilometrów samej nawierzchni kolejowej za 44 mln PLN brutto warunek ten należy uznać za nadmierny, nieobiektywny i dyskryminujący. Szacunkowa rynkowa cena budowy 1 kilometra nawierzchni torowej to około 1,5 mln PLN netto, czyli w tym przypadku realny koszt wykonania nawierzchni na 20 km wyniósłby około 37 mln PLN brutto.

Warunek wartościowy narusza w tym przypadku zasadę uczciwej konkurencji, a także jest dyskryminujący w stosunku do wykonawców, którzy wykonali żądany ilościowy zakres techniczny taniej od aktualnej wyceny Zamawiającego tego rodzaju robót.

W pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 2 ogłoszenia wskazano:

*„Za KAŻDE zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) odcinek o długości 20 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii dwutorowej zelektryfikowanej, o wartości co najmniej 26 000 000,00 PLN brutto (słownie: dwadzieścia sześć miliony złotych), przy czym co najmniej 10 km robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim - Wykonawca otrzyma 20 punktów. Za każdy kolejny wybudowany, przebudowany lub zmodernizowany w ramach powyższego zamówienia, odcinek sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii dwutorowej zelektryfikowanej o długości 10 km, (maksymalnie cztery odcinki) - Wykonawca otrzyma 5 dodatkowych punktów (maksymalnie 20 dodatkowych punktów). W sumie wykonawca może otrzymać 50 punktów w jednym Zamówieniu”.*

Z powyższego opisu nie wynika, czy zamawiający przyzna punkty za wykonanie 20 km sieci trakcyjnej czy też za wykonanie sieci trakcyjnej na 20 kilometrowym odcinku dwutorowej zelektryfikowanej linii kolejowej (wówczas będzie to minimum 40 torokilometrów sieci trakcyjnej).

Ponadto, trudno wnioskować, czy warunek określający wartość robót budowlanych na 26 mln PLN brutto dotyczy samej tylko sieci trakcyjnej czy też wszystkich robót wykonanych w ramach kontraktu. W przypadku, gdyby okazało się, że Zamawiający żąda wykonania 20 torokilometrów samej sieci trakcyjnej za 26 mln PLN brutto warunek ten należy uznać za nadmierny, nieobiektywny i dyskryminujący. Szacunkowa rynkowa cena budowy 1 kilometra sieci trakcyjnej wraz konstrukcjami wsporczymi to około 0,6 mln PLN netto, czyli w tym przypadku koszt sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na 20 km wyniósłby około 15 mln PLN brutto.



Warunek wartościowy narusza w tym przypadku zasadę uczciwej konkurencji, a także jest nieobiektywny i dyskryminujący w stosunku do wykonawców, którzy wykonali żądany ilościowy zakres techniczny taniej od aktualnej wyceny Zamawiającego tego rodzaju robót.

Ponadto, wskazać należy, że różne systemy sieci trakcyjnej w różnych krajach europejskich charakteryzują się silnym zróżnicowaniem wartości robót. Przykładowo dla sieci trakcyjnej lekkiej, podany wyżej koszt może być nawet dwukrotnie niższy.

W pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 3 ogłoszenia wskazano:

*„Za KAŻDE zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) jednej stacji kolejowej (przy czym budowa lub przebudowa obejmowała co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony) - Wykonawca otrzyma 20 punktów. W sumie Wykonawca może otrzymać 20 punktów w jednym zamówieniu bez względu na ilość wykazanych stacji”.*

Zamawiający ograniczył konkurencję, poprzez stosowanie różnych ocen obiektów budowlanych o takich samych parametrach technicznych. W ogłoszeniu wskazano, że Zamawiający przyzna za budowę/przebudowę każdej stacji kolejowej posiadającej co najmniej cztery tory główne 20 punktów (przy czym budowa lub przebudowa powinna obejmować co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony). Jednak w przypadku, gdy w jednym zamówieniu wykonawca wykona dwie lub więcej stacji, druga, trzecia i każda kolejna stacja zostanie oceniona na zero punktów. Taki sposób oceny jest nieobiektywny i dyskryminujący, a tym samym uniemożliwiający rzetelną ocenę doświadczenia wykonawcy. Przy tym sposobie oceny, wykonawcy, którzy przebudowali mniejszą ilość stacji, za to „rozrzuconych” w różnych zamówieniach, zostaną sklasyfikowani na wyższej pozycji, niż wykonawcy, którzy wykonali większą ilość stacji, ale w dużych zamówieniach, obejmujących kilka stacji. Przy obecnym zapisie kwestionowanego postanowienia Ogłoszenia Zamawiający de facto nie dokona oceny doświadczenia wykonawcy, a będzie premiował liczbę wykonanych kontraktów.

W pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 4 ogłoszenia wskazano:

*„Za zrealizowane, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienia, obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) obiektów typu:*

- 1) Most drogowy lub kolejowy o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 17 m - Wykonawca otrzyma 1 punkt;*
- 2) Wiadukt drogowy lub kolejowy o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 27 m -*

Wykonawca otrzyma 1 punkt;

3) Przejście podziemne pod torami o długości nie mniejszej niż 51 m - Wykonawca otrzyma 0,5 punktu;

4) Przepustów w ilości 10 sztuk o w świetle pojedynczego otworu min 0,8 m- 3,00 m.  
- Wykonawca otrzyma 0,5 punktu.

**ŁĄCZNIE, W RAMACH WSZYSTKICH ZAMÓWIEŃ wykazanych odniesieniu do punktu 4 - Wykonawca może otrzymać 20 punktów, bez względu na ilość obiektów”.**

Zdaniem Odwołującego, za nieobiektywne uznać należy ograniczenie ilości przydzielonych punktów do 20. Jeśli Zamawiający zamierza w rzetelny sposób premiować doświadczenie wykonawcy w zakresie budowy/przebudowy obiektów inżynierskich, nie może ograniczać liczby punktów. Kryterium przyjęte przez Zamawiającego narusza uczciwą konkurencję oraz nie pozwala na obiektywną ocenę premianowanego doświadczenia wykonawcy. Wykonawcy mający duże doświadczenie oraz praktykę w budowie obiektów inżynierskich są w ten sposób traktowani na równi z wykonawcami niedoświadczonymi.

Wykonawca: Budimex S.A. oraz Torpol S.A. zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 2328/15 po stronie odwołującego.

#### **KIO 2361/15**

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi równocześnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie „Opracowanie projektów budowlanych i wykonawczych oraz realizacja robót lotów: C, D, E w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POLiŚ 7.1.-19.1.b „Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka - Radom (LOT C, D, E)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 października 2015r. pod nr 2015/S 203-367933. Zmiana ogłoszenia została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 października 2015 r. pod nr 2015/S 205-371573.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści ww. ogłoszenia o zamówieniu w takim samym zakresie, jak w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 2328/15, tj. w zakresie:

1. pkt IV.2.2. ogłoszenia, tj. w zakresie „informacji na temat aukcji elektronicznej”
2. pkt IV 1.2) ppkt 1-4 ogłoszenia w zakresie „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” - w części odnoszącej się do opisu sposobu dokonania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy ilość

przewidzianą w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym – rozszerzając zarzuty w stosunku do odwołania KIO 2328/15 o zarzut dotyczący punktowania doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się wykonawca w celu uzyskania zaproszenia do złożenia oferty

Zaskarżonym czynnościami Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 91 a ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przewidzenie w ogłoszeniu przeprowadzenia aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo, że przedmiot zamówienia dotyczy działalności twórczej, tym samym naruszenie uczciwej konkurencji,
2. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, poprzez naruszający uczciwą konkurencję, nieprecyzyjny, nieobiektywny i dyskryminujący opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.
3. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez niewłaściwą wykładnię, a w konsekwencji nieuprawnione uznanie, że poleganie na doświadczeniu podmiotu trzeciego ma na celu nie tylko wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również uzyskiwanie punktów w rankingu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przetargu ograniczonym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany treści ogłoszenia, poprzez wykreślenie treści w pkt IV.2.2. i w konsekwencji rezygnację z aukcji elektronicznej w niniejszym postępowaniu,
2. zmiany treści ogłoszenia w zakresie pkt IV 1.2. ppkt 1, 2, 3 i 4 poprzez:
  - doprecyzowanie w ppkt 1 i ppkt 2, czy chodzi o 20 km wykonanego toru kolejowego, czy też za 20 km wykonanej dwutorowej zelektryfikowanej linii kolejowej,
  - rezygnację w ppkt 1 i ppkt 2 z określenia wartości robót,
  - zmianę ppkt 3 poprzez nadanie mu treści:  
*„Za KAŻDĄ zrealizowaną zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończoną budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) jednej stacji kolejowej (przy czym budowa lub przebudowa obejmowała co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony) - Wykonawca otrzyma 20 punktów”*,
  - rezygnację w ppkt 4 z ograniczenia maksymalnej łącznej liczby punktów oraz ewentualnie dodatkowo zmniejszenie liczby punktów, jakie można uzyskać w związku z wykonaniem jednostkowego obiektu.
  - rezygnację z przyznawania wykonawcom punktów w celu wyboru wykonawców,

którzy zostaną zaproszeni do składania ofert za doświadczenie podmiotu trzeciego, na które powołuje się wykonawca.

### **I. Aukcja elektroniczna**

Odwołujący przedstawił w uzasadnieniu tego zarzutu taką samą argumentację, jak w przypadku identycznego zarzutu zawartego w odwołaniu o sygn. akt KIO 2328/15.

Wskazał, że w realiach niniejszej sprawy utworem będzie projekt budowlany, którego wykonania oczekuje Zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia.

Mając na względzie fakt, że przedmiot zamówienia w części dotyczącej projektowania stanowić będzie działalność twórczą, za niedopuszczalne w kontekście przepisu art. 91a ust. 2 Pzp uznać należy zastosowanie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty.

### **II. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału**

Odwołujący powtórzył argumentację przedstawioną w odniesieniu do takiego samego zarzutu zawartego w odwołaniu o sygn. akt KI 2328/15. Podniósł, że Zamawiający wskazał sposób dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w pkt IV.1.2) ppkt 1-4 zmienionego ogłoszenia, który w ocenie Odwołującego narusza wskazane wyżej przepisy ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił zarzuty w odniesieniu do postanowień:

1. w pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 1 ogłoszenia o treści: *„Za KAŻDE zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym), odcinek o długości 30 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej zelektryfikowanej o wartości co najmniej 66 000 000,00 PLN brutto (słownie: sześćdziesiąt sześć milionów złotych), przy czym co najmniej 10 km robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim - Wykonawca otrzyma 30 punktów. Za każdy kolejny wybudowany, przebudowany lub zmodernizowany, w ramach powyższego zamówienia, odcinek nawierzchni torowej na linii dwutorowej zelektryfikowanej o długości 10 km, (maksymalnie cztery odcinki) - Wykonawca otrzyma 5 dodatkowych punktów (maksymalnie 20 dodatkowych punktów). W sumie wykonawca może otrzymać 50 punktów w jednym Zamówieniu);*

Z powyższego opisu nie wynika, czy zamawiający przyzna punkty za 30 km wykonanego toru kolejowego czy też za 30 km wykonanej dwutorowej zelektryfikowanej linii kolejowej.

Ponadto, Zamawiający nie wskazał jednoznacznie, czy warunek określający wartość robót budowlanych na poziomie 66 mln PLN brutto dotyczy samych robót torowych czy też

wszystkich robót wykonanych w ramach danego kontraktu. W przypadku gdyby okazało się, że zamawiający żąda wykonania 30 torokilometrów samej nawierzchni kolejowej za 44 mln PLN brutto warunek ten należy uznać za nadmierny, nieobiektywny i dyskryminujący. Szacunkowa rynkowa cena budowy 1 kilometra nawierzchni torowej to około 1,5 mln PLN netto, czyli w tym przypadku realny koszt wykonania nawierzchni na 30 km wyniósł by około 55 mln PLN brutto.

Warunek wartościowy narusza w tym przypadku zasadę uczciwej konkurencji, a także jest dyskryminujący w stosunku do wykonawców, którzy wykonali żądany ilościowy zakres techniczny taniej od aktualnej wyceny Zamawiającego tego rodzaju robót.

2. w pkt IV. 1.2) ppkt 1ppkt 2 ogłoszenia o treści: *„Za KAŻDE zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) odcinek o długości 30 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii dwutorowej zelektryfikowanej, o wartości co najmniej 39 000 000,00 PLN brutto (słownie: trzydzieści dziewięć milionów złotych), przy czym co najmniej 10 km robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim - Wykonawca otrzyma 20 punktów. Za każdy kolejny wybudowany, przebudowany lub zmodernizowany w ramach powyższego zamówienia, odcinek sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii dwutorowej zelektryfikowanej o długości 10 km, (maksymalnie cztery odcinki) - Wykonawca otrzyma 5 dodatkowych punktów (maksymalnie 20 dodatkowych punktów). W sumie wykonawca może otrzymać 40 punktów w jednym Zamówieniu”*

Z powyższego opisu nie wynika, czy zamawiający przyzna punkty za wykonanie 30 km sieci trakcyjnej czy też za wykonanie sieci trakcyjnej na 30 kilometrowym odcinku dwutorowej zelektryfikowanej linii kolejowej (wówczas będzie to minimum 60 torokilometrów sieci trakcyjnej).

Ponadto, trudno wnioskować, czy warunek określający wartość robót budowlanych na 39 mln PLN brutto dotyczy samej tylko sieci trakcyjnej czy też wszystkich robót wykonanych w ramach kontraktu. W przypadku gdyby okazało się, że Zamawiający żąda wykonania 30 torokilometrów samej sieci trakcyjnej za 39 mln PLN brutto warunek ten należy uznać za nadmierny, nieobiektywny i dyskryminujący. Szacunkowa rynkowa cena budowy 1 kilometra sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi to około 0,6 mln PLN netto, czyli w tym przypadku koszt sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na 30 km wyniósł by około 22 mln PLN brutto.

Warunek wartościowy narusza w tym przypadku zasadę uczciwej konkurencji, a także jest nieobiektywny, a przy tym dyskryminujący w stosunku do wykonawców, którzy wykonali

żądany ilościowy zakres techniczny taniej od aktualnej wyceny Zamawiającego tego rodzaju robót. Ponadto, różne systemy sieci trakcyjnej w różnych krajach europejskich charakteryzują się silnym zróżnicowaniem wartości robót. Przykładowo dla sieci trakcyjnej lekkiej, podany wyżej koszt może być nawet dwukrotnie niższy.

3. w pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 3 ogłoszenia o treści: *„Za KAŻDE zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) jednej stacji kolejowej (przy czym budowa lub przebudowa obejmowała co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony) - Wykonawca otrzyma 20 punktów. W sumie Wykonawca może otrzymać 20 punktów w jednym zamówieniu bez względu na ilość wykazanych stacji;”*

Zamawiający ograniczył konkurencję, poprzez stosowanie różnych ocen obiektów budowlanych o takich samych parametrach technicznych. W ogłoszeniu wskazano, że Zamawiający przyzna za budowę/przebudowę każdej stacji kolejowej posiadającej co najmniej cztery tory główne 20 punktów (przy czym budowa lub przebudowa powinna obejmować co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną oraz co najmniej dwa perony). Jednak w przypadku, gdy w jednym zamówieniu wykonawca wykona dwie lub więcej stacji, druga, trzecia i każda kolejna stacja zostanie oceniona na zero punktów.

Taki sposób oceny jest nieobiektywny i dyskryminujący, a tym samym uniemożliwiający rzetelną ocenę doświadczenia wykonawcy. Przy tym sposobie oceny wykonawcy, którzy przebudowali mniejszą ilość stacji, za to „rozrzucanych” w różnych zamówieniach, zostaną sklasyfikowani na wyższej pozycji niż wykonawcy, którzy wykonali większą ilość stacji, ale w dużych zamówieniach, obejmujących kilka stacji. Przy obecnym zapisie kwestionowanego postanowienia Zamawiający de facto nie dokona oceny doświadczenia wykonawcy, a będzie premiował liczbę wykonanych kontraktów.

4. w pkt IV. 1.2) ppkt 1ppkt 4 ogłoszenia o treści: *„Za zrealizowane, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienia, obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) obiektów typu:*

- 1) *Most drogowy lub kolejowy o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 66 m - Wykonawca otrzyma 1 punkt;*
- 2) *Wiadukt drogowy lub kolejowy o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 28 m - Wykonawca otrzyma 1 punkt;*
- 3) *Przejście podziemne pod torami o długości nie mniejszej niż 16 m - Wykonawca*

otrzyma 0,5 punktu;

- 4) Przepustów w ilości 10 sztuk o w świetle pojedynczego otworu min 0,8 m- 3,00 m.  
- Wykonawca otrzyma 0,5 punktu.

*ŁĄCZNIE, W RAMACH WSZYSTKICH ZAMÓWIEŃ wykazanych odniesieniu do punktu 4 - Wykonawca może otrzymać 20 punktów, bez względu na ilość obiektów."*

Za nieobiektywne uznać należy ograniczenie ilości przywidzianych punktów do 20. Jeśli Zamawiający zamierza w rzetelny sposób premiować doświadczenie wykonawcy w zakresie budowy/przebudowy obiektów inżynierskich, to nie może ograniczać liczby punktów. Kryterium przyjęte przez Zamawiającego narusza uczciwą konkurencję oraz nie pozwala na obiektywną ocenę premiowanego doświadczenia wykonawcy. Wykonawcy mający duże doświadczenie oraz praktykę w budowie obiektów inżynierskich są w ten sposób traktowani na równi z wykonawcami niedoświadczonymi

Ponadto, w uwagach zamieszczonych w pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 4 ogłoszenia wskazano, że „Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy - jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem, że za KAŻDE ZAMÓWIENIE WYKONANE SIŁAMI WŁASNYMI WYKONAWCY, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca LICZBA PUNKTÓW ZOSTANIE PRZYZNANA W PEŁNEJ WYSOKOŚCI, zgodnie ze wskazaniem w pkt 1, 2, 3, i 4 powyżej, natomiast za KAŻDE ZAMÓWIENIE WYKONANE PRZEZ PODMIOT TRZECI Wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt 1, 2, 3 i 4 powyżej, podzieloną przez PIĘĆ."

W ocenie Odwołującego, umożliwienie korzystania przez wykonawców z „pożyczonego” doświadczenia godzi w zasadę uczciwej konkurencji, cel przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, a tym samym powoduje, że opis sposobu dokonywania oceny wykonawców ma nieobiektywny i dyskryminujący charakter względem wykonawców, którzy posiadają doświadczenia własne.

Z kolei art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp wskazuje, że ustawodawca niezależnie od opisu warunków udziału w postępowaniu przywołanego w pkt 6 ww. przepisu, przewidział odrębną instytucję kwalifikacji podmiotowej wykonawców, zwanej potocznie „prekwalifikacją” (opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców), do której obowiązujące przepisy Pzp nie przewidują wprost zastosowania art. 26 ust. 2b. Powyższy pogląd jest zgodny z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, (orzeczenie ETS z 14.04.1994 C- 389/92/Ballast/, orzeczenie ETS z 2.12.1999r. C-176/9 /Holst Italia/, orzeczenie ETS z 18.03.2004r, C-/314/01/Siemens Telekom/).

Mając na względzie wykładnię celowości wskazanych przepisów, a także

racjonalność ustawodawcy należy stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 2b nie został wprowadzony po to, by zamówienie wygrywał wykonawca, który nie wykonał samodzielnie wymaganego zamówienia, a wykazał się jedynie dużą operatywnością w pozyskiwaniu podmiotów, które takiego doświadczenia mu użyczą i to nie w celu niezbędnym do realizacji zamówienia, ale po to by wyprzedzić w rankingu innych wykonawców w tym tych, którzy samodzielnie wykonali wiele zamówień. Nie można też zapomnieć o wyjątkowym charakterze przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, jako odstępstwie od zasady, iż zamówienie może być udzielone tylko wykonawcy, który samodzielnie posiada wymagane doświadczenie - art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podobne stanowisko zostało również wyrażone w publikacji: Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. - wprowadzenie do przepisów ustawy (pod red. J. Sadowego oraz B. Brańko, str. 65).

Wykonawca: Budimex S.A. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2361/15 po stronie odwołującego,

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie obu odwołań. Wyjaśnił, że przypadki aukcji elektronicznej przy pracach projektowych mają miejsce przy udzielaniu zamówień publicznych (zamówienia w energetyce – PGE S.A. modernizacja obiektów energetycznych), jednak PKP PLK po raz pierwszy wprowadził tak zapis w ogłoszeniu i być może dlatego spotkało się to ze sprzeciwem wykonawców. Zdaniem Zamawiającego, przeprowadzenie aukcji elektronicznej w postępowaniach, których dotyczą odwołania nie jest sprzeczne z art. 91a ust. 1 i 2 Pzp. Zamawiający podkreślił, że w obu zamówieniach prace projektowe stanowią bardzo małą część przedmiotu zamówienia, poniżej 5% wartości i dotyczą rozwiązań powtarzalnych.

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wskazał, że formułując warunki udziału w postępowaniu miał na uwadze zbalansowanie doświadczenia wykonawców, które jest wymagane przez Zamawiającego. W tym kontekście też Zamawiający określił minimalną wartość zrealizowanych zamówień, która ma pozwolić na wyłonienie wykonawców, którzy rzeczywiście wykonywali skomplikowane, złożone kontrakty, zbieżne z przedmiotem zamówień w niniejszym postępowaniu. Wskazana przez Zamawiającego wartość dotyczy w sposób oczywisty robót torowych, a nie wartości kontraktu obejmującego również inne roboty. Zamawiający wskazał, że opis sposobu prekwalfikacji wykonawców z uwzględnieniem możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich nie sprzeciwia się brzmieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Zamawiający miał na uwadze rzeczywistą zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia.



**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie o sygn. akt KO 2328/15 nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2361/15 zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności wskazane przez wykonawcę: STRABAG Sp. z o.o. w odwołaniach, jako uzasadnienie interesu wykonawcy we wniesieniu odwołań, czynią zadość wymaganiom art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie legitymacji czynnej ww. wykonawcy.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Budimex S.A. do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2328/15 oraz KIO 2361/15 po stronie odwołującego oraz przystąpienia wykonawcy Torpol S.A. - do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2328/15 po stronie odwołującego, które to przystąpienia zostały zgłoszone zgodnie z wymogami określonymi w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniach.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. zakwestionował treść postanowień zawartych w ogłoszeniach o zamówieniu w dwóch postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, które zostały sformułowane w taki sam sposób (różnice w treści dotyczą wartości liczbowych w zakresie długości odcinków i wartości robót), tj. w zakresie pkt IV.2.2. ogłoszenia - „Informacja na temat aukcji elektronicznej” oraz pkt IV 1.2) ppkt 1-4 ogłoszenia - „*Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału*” - w części odnoszącej się do opisu sposobu dokonania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy ilość przewidzianą w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 2361/15, w tym, w zakresie uznania przez Zamawiającego, że poleganie na doświadczeniu podmiotu trzeciego ma na celu nie tylko wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również uzyskiwanie punktów w rankingu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przetargu ograniczonym.

**W zakresie tożsamych zarzutów zawartych w obu odwołaniach Izba zważyła, jak poniżej:**

### **I. Aukcja elektroniczna**

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, w wyniku zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przeprowadzeniu w ramach obu przetargów ograniczonych aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 91a ust. 1 Pzp, zamawiający po dokonaniu oceny ofert ma możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 Pzp. W art. 91a ust. 2 Pzp, wyklucza się jednak możliwość przeprowadzenia aukcji w przypadku zamówienia w zakresie działalności twórczej i naukowej.

Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji pojęcia „działalność twórcza”. Z tego względu, mając na uwadze przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r. Nr 90 poz.631ze zm.), za zamówienie z zakresu działalności twórczej należy uznać zamówienie, których przedmiotem jest utwór w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 1 ust. 1 ww. ustawy).

W badanych postępowaniach Zamawiający wskazał w pkt IV. 2.2. ogłoszenia w „Informacji na temat aukcji elektronicznej”, że zamierza przeprowadzić aukcję elektroniczną w przypadku, gdy w toku postępowania zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zdaniem Zamawiającego, przeprowadzenie aukcji elektronicznej w postępowaniach, których dotyczą odwołania nie jest sprzeczne z art. 91a ust. 1 i 2 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że prace projektowe stanowią bardzo małą część przedmiotu zamówienia, poniżej 5% wartości i dotyczą rozwiązań powtarzalnych, który to fakt nie był kwestionowany przez Odwołującego.

Nie podważając okoliczności, że oba postępowania dotyczą zamówień, których przedmiot obejmuje w części, oprócz realizacji robót budowlanych, opracowanie projektów budowlanych i wykonawczych (pkt II.1.1 ogłoszenia), należy stwierdzić, że okoliczność powyższa nie dyskwalifikuje możliwości zastosowania w tych postępowaniach „dogrywki” w postaci aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Przepis art. 91a ust. 2 Pzp nie wyłącza bowiem możliwości zastosowania aukcji elektronicznej w przypadku zamówień na roboty budowlane, których przedmiot zamówienia tylko w części obejmuje prace projektowe, tj. w zakresie tzw. zamówień mieszanych, kwalifikowanych zgodnie z rodzajem podstawowego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zauważyć należy, że zgodnie z art. 54 dyrektywy 2004/18/WE, w procedurach otwartych, ograniczonych lub negocjacyjnych, w przypadku, o którym mowa w art. 30 ust. 1 lit. a), instytucje zamawiające mogą zdecydować, że udzielenie zamówienia zostanie poprzedzone aukcją elektroniczną, jeżeli specyfikacje zamówienia można określić w sposób precyzyjny.

Jak wynika z treści powyższego przepisu, warunkiem zastosowania aukcji elektronicznej jest możliwość precyzyjnego określenia wymogów specyfikacji technicznej, co jednak nie oznacza ograniczenia stosowania aukcji jedynie do standardowych produktów lub usług. Jednocześnie z treści definicji zawartej w art. 1 ust. 7 ww. dyrektywy wynika, że tylko w niektórych zamówieniach na usługi lub w niektórych zamówieniach na roboty budowlane nie może być stosowana aukcja elektroniczna przy wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. w takich, których przedmiot zamówienia nie będzie mógł podlegać metodom automatycznej oceny. W doktrynie przyjmuje się (Aleksandra Sołtysińska, Komentarz do art. 54 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi), że „to w gestii instytucji zamawiającej leży stwierdzenie, czy aukcja elektroniczna będzie właściwa do wyboru najlepszej oferty i wyboru oferenta, który najlepiej zaspokoi potrzeby udzielającego zamówienie. W przeciwnym wypadku musielibyśmy przyjąć, że pewne zamówienia nie będą nigdy udzielane przy zastosowaniu aukcji. Tymczasem art. 1 ust. 7 dyrektywy 2004/18/WE wskazuje jedynie ogólnie na świadczenia o charakterze intelektualnym, jako przykład podając projektowanie robót budowlanych. Nie jest on wystarczająco precyzyjny, by określić dokładnie rodzaj usług czy robót budowlanych podlegających wyłączeniu spod stosowania aukcji elektronicznej. Gdyby zamiarem ustawodawcy unijnego było wyłączenie pewnych zamówień spod możliwości stosowania aukcji elektronicznej, to uczyniłby to wyraźnie, wskazując na zakres i kategorię takich kontraktów (S. Arrowsmith, *An Assessment of The New Legislative...*, s. 1300). Należy zatem przyjąć, że aukcja elektroniczna może mieć zastosowanie do wszystkich zamówień: na roboty budowlane, usługi czy dostawy, chyba że przedmiot zamówienia - z uwagi na jego indywidualne cechy - nie pozwala na jego automatyczną ocenę zgodnie z zasadami prowadzenia aukcji. Jeśli nie stoi to na przeszkodzie precyzyjnemu określeniu wymogów specyfikacji, również zamówienia mieszane mogą być udzielane przy zastosowaniu etapu aukcji elektronicznej”. Istotne jest przy tym, że dopuszczalność zastosowania aukcji elektronicznej nie jest ograniczona wyłącznie do przypadku, jeżeli kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest najniższa cena. Zgodnie z ww. art. 54 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, aukcja elektroniczna może być przeprowadzona także w przypadku, gdy zamówienia udziela się na podstawie kryterium oferty ekonomicznie najkorzystniejszej i wówczas aukcja jest przeprowadzana w oparciu

o ceny, jak i inne kryteria. W pkt 14 Preambuły do dyrektywy 2004/18/WE wskazuje się, że korzystanie z aukcji elektronicznych ma umożliwić instytucjom zamawiającym zaproszenie oferentów do przedstawienia nowych, obniżonych cen, oraz, w przypadku udzielania zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, także zaproszenie do ulepszenia innych niż cena elementów ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, w kontekście brzmienia art. 91a ust. 2 Pzp, Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał, że przedmiot zamówienia obejmujący prace projektowe stanowiące niewielką część zamówienia (poniżej 5% wartości zamówienia) i dotyczące rozwiązań powtarzalnych - z uwagi na jego indywidualne cechy - nie pozwala na automatyczną ocenę ofert, zgodnie z zasadami prowadzenia aukcji.

## **II. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału**

Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu obiektywnego i niedyskryminującego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu. Postanowienia ogłoszenia w tym zakresie powinny być jasne i jednoznaczne.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. zakwestionował postanowienia zawarte w ogłoszeniach o zamówieniu w dwóch postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego o takiej samej treści (różnice dotyczą wymaganej długości nawierzchni torowej oraz wartości robót), tj. postanowienia pkt IV.1.2) ppkt 1-4 ogłoszenia w obu postępowaniach.

We wskazanym powyżej zakresie Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp - art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 48 ust. 2 pkt 8a, poprzez naruszający uczciwą konkurencję, nieprecyzyjny, nieobiektywny i dyskryminujący opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Z opisu zawartego w pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 1 ogłoszenia wynika jednoznacznie, że Zamawiający przyzna punkty za określony odcinek wykonanej (budowa, przebudowa lub modernizacja) nawierzchni torowej na linii dwutorowej zelektryfikowanej, w tym w części wykonanej przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim. Powyższe wymaganie dotyczy zatem określonego przez Zamawiającego odcinka nawierzchni toru kolejowego na linii dwutorowej. Oczywiście jest przy tym, że wymagając wykazania się przez wykonawców wskazanymi robotami Zamawiający określił wartość tych właśnie robót, a nie wszystkich

robót, jakie były wykonywane w ramach danego kontraktu na danym odcinku linii kolejowej. Należy zważyć również, że kwestionując wysokość wymaganej wartości robót Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń, w szczególności nie udowodnił, że tożsamy z przedmiotem zamówienia zakres robót może być wykonany za kwotę niższą niż wartość takich robót oszacowana przez Zamawiającego. Zauważyć należy, że warunki wynikające z opisu sposobu prekwalfikacji wykonawców mogą być zastrzone przez zamawiającego w porównaniu do warunków udziału w postępowaniu, ponieważ służą wyborowi wykonawców „najlepszych” spośród wykonawców spełniających warunki udziału (tzw. minimalne).

Izba nie dopatrzyła się podnoszonych przez Odwołującego wątpliwości w treści postanowienia zawartego w pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 2 ogłoszenia. Zamawiający jednoznacznie podał w treści wymagania, że przyzna punkty za wykonanie „20 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczyimi na linii dwutorowej zelektryfikowanej”. Stosownie do tego wymagania, Zamawiający określił wymaganą wartość tak określonych robót. Inne rozumienie tego postanowienia nie znajduje oparcia w jego treści. Odwołujący także w tym zakresie nie przedstawił dowodów na poparcie tezy, że wymagana przez Zamawiającego wartość robót została określona w sposób nieuzasadniony w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia w badanym zakresie. Zauważyć też należy, że Odwołujący przedstawił szacowane przez niego wartości bez uwzględnienia podatku VAT, podczas gdy Zamawiający wszystkie wartości podał w kwotach brutto.

W pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 3 ogłoszenia Zamawiający postanowił o przyznawaniu wykonawcom punktów za zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizację (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) jednej stacji kolejowej (o określonej charakterystyce), ograniczając punktację do wykonanych zamówień obejmujących obiekt, a nie do ilości wykonanych obiektów.

Powyższe kryterium jest, w ocenie Izby, obiektywne i nie narusza uczciwej konkurencji. Taki sposób sformułowania wymagania sprawia, że Zamawiający, żądając wykazania zrealizowanych zamówień, ma możliwość oceny nie tylko ilości wykonanych obiektów, ale także rzetelności wykonawców, zwłaszcza w kontekście warunku, aby zamówienia były zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W ramach opisu sposobu prekwalfikacji Zamawiający jest uprawniony premiować w zakresie doświadczenia wykonawcy - liczbę wykonanych kontraktów, co nie narusza art. 48 ust. 2 pkt 8a ani też art. 7 ust. 1 Pzp..

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego postanowienia zawartego w pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 4 ogłoszenia, Izba zważyła, że ograniczenie ilości przewidzianych punktów do 20 za wykonane przez wykonawcę obiekty inżynierskie, bez względu na ilość obiektów, jest w pełni

uzasadnione w sytuacji postępowania, gdy doświadczenie takie stanowi jedynie jeden z elementów szerokiego spektrum doświadczenia wymaganego od wykonawcy. Zamawiający zamierza premiować doświadczenie wykonawców o zakresie istotnym z punktu widzenia specyfiki i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśnił Zamawiający, sposób oceny przyjęty przez Zamawiającego jest ukierunkowany w badanych postępowaniach - na wybór wykonawcy, który ma doświadczenie we wszystkich wymaganych obszarach, co jest istotne z punktu widzenia przedmiotu obu zamówień. Przyjmując określony tu sposób oceny Zamawiający uniemożliwia bowiem premiowanie wykonawcy o jednorodnym doświadczeniu na równi z wykonawcą o doświadczeniu wszechstronnym w danej branży. Omawiane postanowienie służy zatem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i wbrew twierdzeniom Odwołującego – wyborowi wykonawców najlepiej przygotowanych do realizacji przedmiotu zamówienia.

**KIO 2361/15 – w zakresie zarzutu zastosowania art. 26 ust. 2b Pzp do kwalifikacji podmiotowej wykonawców na podstawie art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp.**

Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, w ogłoszeniu o zamówieniu w przetargu ograniczonym zamieszcza się m.in. opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Stosownie do art. 51 ust. 1 Pzp, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Natomiast zgodnie z ust. 2 tego artykułu, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, to zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. {Przepis art. 48 ust. 2 pkt 8a został dodany przez art. 1 pkt 12 ustawy z dnia 12 października 2012 r. (Dz.U.2012.1271) zmieniającej nin. ustawę z dnia 20 lutego 2013 r., art. 51 ust. 2 zmieniony przez art. 1 pkt 13 ustawy z dnia 12 października 2012 r. (Dz.U.2012.1271) zmieniającej nin. ustawę z dnia 20 lutego 2013 r.}

Wskazana powyżej regulacja wprowadzona do ustawy Pzp nowelizacją z 2012 r. odnosi się do art. 44 ust. 3 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucje zamawiające podają w ogłoszeniu o zamówieniu obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub reguły, które zamierzają stosować. Stanowi ona odejście od dotychczasowego systemu prekwalifikacji wykonawców opierającego się na ocenie wykonawców w kontekście spełniania

w najwyższym stopniu warunków udziału w postępowaniu, tj. na kryteriach podmiotowych, co jednocześnie nie oznacza, że zamawiający zostali w ten sposób pozbawieni możliwości posługiwania się warunkami podmiotowymi, które w kontekście specyfiki przedmiotu zamówienia umożliwią ograniczenie kręgu wykonawców do podmiotów, które będą najlepiej przygotowane do realizacji przedmiotu zamówienia. Przepis w obowiązującym obecnie brzmieniu umożliwia przeprowadzenie prekwalfikacji wykonawców także w oparciu o inne zasady pozwalające na przeprowadzenie „prekwalfikacji”, tj. w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria wykraczające poza warunki podmiotowe, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, co umożliwiać ma elastyczne dostosowanie metody prekwalfikacji do warunków danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby ww. przepis umożliwia posłużenie się przez zamawiającego podczas „prekwalfikacji” obiektywnymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami odnoszącymi się wyłącznie do potencjału wykonawcy, co wyłącza możliwość odwoływania się przez wykonawców do potencjału podmiotu trzeciego w oparciu o art. 26 ust. 2b Pzp, w celu spełnienia kryteriów prekwalfikacji i w konsekwencji przejścia do drugiego etapu przetargu w gronie wykonawców zaproszonych do składania ofert. Zauważyć należy, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp ma zastosowanie do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co wynika jednoznacznie z jego brzmienia. Celem wprowadzenia tego przepisu było rozszerzenie dostępu małych i średnich wykonawców do zamówień publicznych, w których nie spełniają oni samodzielnie warunków udziału. Przepis art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, przewiduje natomiast odrębną instytucję - kwalifikacji podmiotowej wykonawców (którzy uprzednio wykazali już spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Opis sposobu prekwalfikacji wykonawców w postępowaniu dwuetapowym służyć ma zatem wyborowi grupy wykonawców, którzy spełniają dodatkowe wymagania, przewyższające warunki udziału w postępowaniu, ustalone w kontekście specyfiki przedmiotu zamówienia. Nie chodzi tu zatem o zwiększenie dostępu wykonawców do zamówienia, lecz raczej podniesienie progu wymagań w celu wyłonienia wykonawców najlepiej przygotowanych do realizacji przedmiotu zamówienia.

W pkt IV. 1.2) ppkt 1 ppkt 4 ogłoszenia Zamawiający dopuścił ocenę w ramach kwalifikacji doświadczenie własne wykonawcy, a także doświadczenie podmiotu trzeciego, na które powołuje się wykonawca, z zastrzeżeniem, że za zamówienie wykonane przez podmiot trzeci wykonawca otrzyma odpowiednio liczbę punktów podzieloną przez pięć.

W ocenie Izby, zgodnie z art. 26 ust. 2b, powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego jest możliwe tylko i wyłącznie przez podmiot, który samodzielnie nie posiada wymaganych zasobów, tj. sam nie spełnia minimalnych warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Z art. 26 ust. 2b Pzp wynika w związku z tym konieczność udowodnienia przez wykonawcę, że będzie korzystał z zasobów podmiotu

trzeciego w niezbędnym zakresie do realizacji zamówienia. Zauważyć należy, że o ile jest to w pełni uzasadnione przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezbędnych do realizacji zamówienia, to w przypadku wykazywania spełnienia wymagań na potrzeby prekwalfikacji (wyłącznie w celu podwyższenia uzyskanej punktacji) wykazywanie realności udostępnienia zasobów pod podmiotu trzeciego (ponad warunki udziału w postępowaniu) nie jest niezbędne do realizacji zamówienia w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

Mając zatem na względzie wykładnię celowości wskazanych powyżej przepisów w ocenie Izby przepis art. 26 ust. 2b Pzp nie ma zastosowania do etapu kwalifikacji wykonawców, o którym mowa w art. 48 ust. 2 pkt 8a. Przepis ten ma charakter szczególny, wprowadzając wyjątek od zasady, że zamówienie może być udzielone wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu (samodzielnie), a zatem nie może służyć w celu wyłonienia wykonawców, którzy w stopniu najwyższym spełniają wymagania Zamawiającego w postępowaniu dwuetapowym. Tym samym, umożliwienie wykazywania przez wykonawców „pożyczonego” doświadczenia w ramach prekwalfikacji wykonawców narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a opis sposobu dokonywania oceny wykonawców w takim przypadku należy uznać za nieobiektywny i dyskryminujący w odniesieniu do wykonawców posiadających doświadczenie własne.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w postępowaniu oraz potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a oraz art. 51 ust 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 2361/15. Izba nie uwzględniła odwołania o sygn. akt KIO 2328/15 wobec niepotwierdzenia się zarzutów zawartych w tym odwołaniu.

Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz ust. 8 Pzp.



O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 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), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....