

Sygn. akt: KIO 1612/10

Sygn. akt: KIO 1627/10

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący	Ryszard Tetzlaff
Członkowie	Marek Koleśnikow
	Emil Kawa
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **3 sierpnia 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych

A. w dniu 30 lipca 2010 r. przez **Trakcję Polska S.A., ul. Złota 59/XVIII p., 00 – 120 Warszawa** (o sygn. akt: KIO 1612/10),

B. w dniu 30 lipca 2010 r. przez **„Torpol” Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10g, 61 – 052 Poznań** (o sygn. akt: KIO 1627/10),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10 – 101 Olsztyn,**

przy udziale wykonawcy **„Torpol” Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10g, 61 – 052 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **ZUE S.A., ul. Jugowicka 6A, 30 – 443 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu: Sekcji III pkt 2.3) ppkt 1.1) lit. a i b oraz ppkt 1.2.1 ogłoszenia (opisu warunków udziału w postępowaniu), jak również Sekcji IV pkt 1.2) ppkt 4) lit. a), b) i e) ogłoszenia (opisu sposobu ich oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) w sposób wskazany w uzasadnieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Gmina Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10 – 101 Olsztyn

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy zero groszy z kwoty wpisu uiszczonego **Trakcję Polską S.A., ul. Złota 59/XVIII p, 00 – 120 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„Torpol” Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10g, 61 – 052 Poznań,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **42 660 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści dwa tysiące sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 22 440 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące czterysta czterdzieści złotych zero groszy) przez **Gminę Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10 – 101 Olsztyn** na rzecz **Trakcja Polska S.A., ul. Złota 59/XVIII p, 00 – 120 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwoty 20 220 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy dwieście dwadzieścia złotych) przez **Gminę Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10 – 101 Olsztyn** na rzecz **„Torpol” Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10g, 61 – 052 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....

U z a s a d n i e

**do wyroku z dnia 12 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10,
sygn. akt: KIO 1627/10.**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pn. *„Zaprojektowanie i wykonanie linii tramwajowej, odcinka ulicy Obiegowej, zajezdni tramwajowej, przejścia podziemnego pod ul. Piłsudskiego, przebudowy skrzyżowań dla potrzeb prowadzenia linii tramwajowej w ramach programu budżetowego: Modernizacja i rozwój zintegrowanego systemu transportu zbiorowego w Olsztynie.”*, zostało wszczęte przez Gminę Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za nr 2010/S 139-213787 w dniu 21.07.2010 r.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10:

W dniu 30.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej: *„Pzp”*, Trakcja Polska SA, ul. Złota 59/XVIII, 00-120 Warszawa zwaną dalej: *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10”* albo *„pierwszym Odwołującym”* wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 30.07.2010 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie w ogłoszeniu o zamówieniu nadmiernych wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakimi powinni wykazać się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, jako warunków udziału w postępowaniu, a tym samym uchybienie zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- b) § 1 ust. 1 pkt 2) i pkt 3) rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: *„Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”*, poprzez żądanie od wykonawców wykazów wykonanych robót budowlanych i wykonanych usług w przekraczającym niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zakresie. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu, w sekcji III pkt 2.3 - *Zdolność techniczna*, w celu doprowadzenia do jej zgodności z przepisami Pzp. Wskazał, że przedmiotowe zamówienie obejmuje m.in. wykonanie linii tramwajowej wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą o długości ok. 10 km. Zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji III pkt 2.3 - *Zdolność techniczna* wymagania dotyczące wiedzy

i doświadczenia, jakimi powinni wykazać się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia m.in. w ppkt 1.1) lit. a i b oraz w ppkt 1.2.1.

Zdaniem pierwszego Odwołującego w/w wymagania są nadmierne i niezgodne z przepisami Pzp, gdyż w sposób nieuzasadniony eliminuje niektórych wykonawców, zdolnych do wykonania zamówienia z kręgu podmiotów mogących być dopuszczonymi do udziału w postępowaniu. W myśl art. 22 ust. 4 Pzp sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z zasadą proporcjonalności wszelkie wymagania dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawcy mogą być stawiane tylko w niezbędnym zakresie uzasadnionym przedmiotem zamówienia. Dlatego sposób oceny spełnienia warunku posiadania doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, powinien uwzględniać możliwość wykazania się przez wykonawców wykonaniem wielu zamówień, z których każde obejmuje tylko część zamawianego świadczenia, ale brane łącznie odzwierciedlają jego pełen zakres.

Potwierdzają to zmiany wprowadzone nowym rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 tego rozporządzenia Zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych „w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia”. W do niedawna obowiązującym stanie prawnym, zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 19 maja 2006 r. wykaz robót budowlanych, jakimi powinien wykazać się wykonawca dotyczył zamówień „odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia”. W obecnym stanie prawnym nie ma już znaczenia, czy podane w wykazie zrealizowanych zamówień zamówienia odpowiadają swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Zamawiający nie może wymagać od wykonawców, aby ci wykazali, że zrealizowali zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Przy ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający musi uwzględnić wszystkie zamówienia objęte wykazem, niezależnie od ich pojedynczej wartości i zakresu. Dopiero ich łączna wartość oraz zakres będą zaświadczać o tym, czy wykonawca (wraz z ewentualnymi podwykonawcami) posiada wiedzę i doświadczenie odpowiednie do konkretnego zamówienia. Ponadto, nieuzasadnione jest żądanie Zamawiającego wykazania przez wykonawców doświadczenia w zakresie projektowania i budowy lub przebudowy wyłącznie linii tramwajowych. Nie ma podstaw by nie uznać doświadczenia w projektowaniu i budowie lub przebudowie również linii kolejowych, jako wystarczającego dla zagwarantowania należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Charakter obu typów przedsięwzięć jest bardzo podobny. Nie sposób wskazać cech różniących te przedsięwzięcia, na tyle istotnych, aby dla zagwarantowania należytego wykonania tego zamówienia, zamawiający mógł żądać wykazania się doświadczeniem wyłącznie w zakresie projektowania i budowy lub przebudowy torowisk tramwajowych i sieci trakcyjnych dla linii tramwajowych.

W świetle powyższego, następujące wymagania Zamawiającego należy uznać za

naruszające Pzp oraz rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów:

1) wymóg wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego o długości pojedynczego toru równej co najmniej 10 000 mb,

- pomimo że - z uwagi na charakter inwestycji liniowych - dla nabycia odpowiedniego doświadczenia w wykonywaniu tego typu robót, nie ma znaczenia, czy doświadczenie to nabywa się w ramach ciągu robót tego rodzaju wykonywanych w ramach jednej umowy czy w ramach kilku umów;

- oraz pomimo tego, że doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy torowiska kolejowego również spełnia warunek wiedzy i doświadczenia niezbędnego przy realizacji zadania polegającego na budowie torowiska tramwajowego, wchodzącego w zakres przedmiotowego zamówienia;

2) wymóg wykonania wcześniej wskazanej roboty budowlanej wraz z infrastrukturą techniczną lub sieciami uzbrojenia terenu w ramach jednego zamówienia w połączeniu z budową lub przebudową torowiska tramwajowego,

- pomimo że oczywistym jest, że wykonawca który wybudował lub przebudował tego typu infrastrukturę niezależnie od budowy torowisk, będzie w stanie wykonać ją również wtedy, gdy takie zadanie będzie wykonywane przy okazji budowy linii tramwajowej;

3) wymóg wykonania w okresie ostatnich 5 lat jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej o długości linii nie mniejszej niż 10 000 mb,

- pomimo że, z uwagi na charakter inwestycji liniowych, dla nabycia odpowiedniego doświadczenia w wykonywaniu tego typu robót, nie ma znaczenia, czy doświadczenie to nabywa się w ramach ciągu robót tego rodzaju wykonywanych w ramach jednej umowy czy w ramach kilku umów;

- oraz pomimo tego, że doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej dla linii kolejowej również spełnia warunek wiedzy i doświadczenia niezbędnego przy realizacji zadania polegającego na budowie sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej, wchodzącego w zakres przedmiotowego zamówienia;

4) wymóg wykonania w okresie ostatnich 3 lat dwóch projektów budowlano-wykonawczych dotyczących przebudowy lub budowy linii tramwajowej wraz z siecią trakcyjną o wartości każdej z wykonanych prac projektowych równej co najmniej 5 000 000 PLN (z VAT),

- pomimo że, z uwagi na charakter usługi polegającej na projektowaniu inwestycji liniowych, dla nabycia odpowiedniego doświadczenia w wykonywaniu tego typu projektów, nie ma znaczenia wartość pojedynczych zamówień;

- oraz pomimo tego, że doświadczenie w zakresie projektowania sieci trakcyjnej dla linii kolejowej również spełnia warunek wiedzy i doświadczenia niezbędnego przy realizacji

zadania polegającego na zaprojektowaniu sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej, wchodzącego w zakres przedmiotowego zamówienia. Takie sformułowania powodują, że niektórzy wykonawcy, niewątpliwie posiadający doświadczenie i potencjał techniczny gwarantujące należyte wykonanie zamówienia, mogą zostać niedopuszczeni do udziału w postępowaniu. Tym samym takie określenie warunków nosi znamiona nieuzasadnionego utrudniania uczciwej konkurencji. Nie można bowiem przyjąć, że wykonaniu zamówienia polegającego na budowie określonej długości inwestycji liniowej mogą podołać wyłącznie ci wykonawcy, którzy w ostatnich pięciu latach wykonali zamówienia, których przedmiotem była realizacja inwestycji liniowej, o co najmniej takiej samej długości i o co najmniej takiej samej wartości. Odnośnie pkt 1, nie ma podstaw by sądzić, że wykonawcy, którzy nie zrealizowali w ciągu ostatnich pięciu lat takiego pojedynczego zamówienia, polegającego na budowie torowiska tramwajowego o długości 10 km, ale np. wykonali w ostatnich pięciu latach szereg inwestycji, polegających na budowie torowisk tramwajowych lub kolejowych, o łącznej długości nawet przekraczającej wymagany przez zamawiającego zakres 10 km, nie są w stanie należycie wykonać zamówienia polegającego na budowie odcinka torowiska tramwajowego, o takiej właśnie długości. Torowiska tramwajowe (kolejowe) składają się z elementów powtarzalnych. W związku z takim charakterem inwestycji, dla nabycia odpowiedniego doświadczenia, pożądanej biegłości w wykonywaniu tego typu robót, jest zupełnie obojętne, czy tą biegłość nabywa się w ramach ciągu robót tego rodzaju wykonywanych w ramach jednej umowy czy w ramach kilku umów. Odnośnie pkt 2, zwrócił uwagę, iż towarzysząca budowie linii tramwajowej budowa lub przebudowa infrastruktury drogowej, technicznej lub sieci uzbrojenia terenu, może również wchodzić w skład osobnego zadania, którym może wykazać się wykonawca. Jeżeli wykonawca wybudował lub przebudował tego typu infrastrukturę niezależnie od budowy torowisk, oczywistym jest, że będzie w stanie wykonać ją również, gdy takie zadanie będzie wykonywane przy okazji budowy linii tramwajowej. Odnośnie pkt 3, wskazał, że nie ma podstaw by sądzić, że wykonawcy, którzy wykonali w ostatnich pięciu latach szereg inwestycji, polegających na budowie sieci trakcyjnej dla linii tramwajowych lub kolejowych, o łącznej długości nawet przekraczającej wymagany przez Zamawiającego zakres 10 km, nie są w stanie należycie wykonać zamówienia polegającego na budowie odcinka sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej, o takiej właśnie długości. Sieci trakcyjne dla linii tramwajowych (kolejowych) składają się z elementów powtarzalnych. W związku z takim charakterem inwestycji, dla nabycia odpowiedniego doświadczenia, pożądanej biegłości w wykonywaniu tego typu robót, jest zupełnie obojętne, czy tą biegłość nabywa się w ramach ciągu robót tego rodzaju wykonywanych w ramach jednej umowy czy w ramach kilku umów. Odnośnie pkt 4, nie ma podstaw by sądzić, że wykonawcy, którzy wykonali w ostatnich 3 latach opracowania o mniejszej wartości pojedynczego zamówienia, dotyczące budowy lub przebudowy linii tramwajowej bądź linii kolejowej o łącznych długościach tych linii nawet przekraczających 10

km, nie są w stanie należycie wykonać zamówienia polegającego na zaprojektowaniu linii tramwajowej, o takiej właśnie długości. Cena opracowań projektowych dla inwestycji liniowych jest w dużym stopniu zależna od długości projektowanych linii.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III pkt 2.3 - Zdolność techniczna i określenia warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia wykonawcy w zakresie wskazanym w ppkt 1.1) oraz 1.2) w taki sposób, aby wykonawcy mogli wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez:

1.1) Wykonanie z należytą starannością w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: a) budowy lub przebudowy torowisk tramwajowych lub kolejowych, o łącznej długości pojedynczego toru równej co najmniej 10 000 mb; a)¹ budowy lub przebudowy ulic, wraz z infrastrukturą techniczną lub sieciami uzbrojenia terenu;

b) budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej dla linii tramwajowych lub kolejowych, o łącznej długości co najmniej 10 000 mb.

1.2) Wykonanie z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: 1. projektów budowlano-wykonawczych dotyczących przebudowy lub budowy linii tramwajowych lub kolejowych wraz z siecią trakcyjną, o łącznej długości projektowanych linii co najmniej 10 000 mb.

Zamawiający w dniu 30.07.2010 r. zamieścił na stronie internetowej odwołanie i wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Torpol Sp. z o.o., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań zwana dalej: „Torpol Sp. z o.o.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Odwołującego” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1627/10” albo „drugim Odwołującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10, w całości popierając zarzuty i żądania w nim podniesione. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystępujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Odwołującego jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, który zamierza, złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie złożyć ofertę na wykonanie przedmiotowego zamówienia. Posiada doświadczenie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ale jego interes prawny został naruszony poprzez opisanie przez Zamawiającego w sposób nadmierny warunku doświadczenia, tym samym ograniczając jemu dostęp do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przeprowadzenie postępowania zgodnie przepisami, czyli w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców niewątpliwie również stanowi jego interes, jako w wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie. Wskazał także, że złożył odwołanie (sprawa o sygn. akt: KIO 1627/10) wobec opisu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w związku z opisem sposobu dokonywania ich oceny. Zarzuty podniesione w obu odwołaniach nie pozostają w sprzeczności, natomiast wykazują, że postawiony przez Zamawiającego warunek doświadczenia jest nadmierny i narusza zasadę konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W dniu 02.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ZUE S.A., ul. Jugowicka 6A, 30 - 443 Krakowie zwana dalej: „ZUE S.A.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Zamawiającego” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Sporne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu znajdują oparcie w przepisach prawa i są uzasadnione słusznie pojętym interesem Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania postawi Odwołującego w bezpodstawnie uprzywilejowanej sytuacji, jednocześnie nakładając na Zamawiającego nadmierne ryzyko. W opinii Przystępującego po stronie Zamawiającego sytuacja ta może mu uniemożliwić uzyskanie potencjalnego zamówienia, a przez to doprowadzić do powstania szkody. Stąd też, w interesie Przystępującego po stronie Zamawiającego leży prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażający się w oddaleniu odwołania w całości. Wskazał, iż Zamawiający miał prawo żądać wykazania przez wykonawców doświadczenia w zakresie projektowania i budowy lub przebudowy wyłącznie linii tramwajowych. Nie sposób bowiem uznać, że doświadczenie w projektowaniu i budowie lub przebudowie linii kolejowych jest wystarczające do zagwarantowania należytego wykonania zamówienia. Charakter obu typów przedsięwzięć jest tylko pozornie podobny. W rzeczywistości bowiem różnice są na tyle istotne, że doświadczenie zdobyte w zakresie robót kolejowych nie gwarantuje prawidłowego wykonania robót związanych z budową linii tramwajowych. Obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie w taki sposób warunków udziału w postępowaniu, aby interes publiczny nie został narażony na uszczerbek. Przywołał wyrok ZA z dnia 29.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-76/07. Wskazał, iż budowa linii tramwajowej jest przedsięwzięciem bardziej skomplikowanym, wymagającym uwzględnienia innych czynników niż przy budowie torowiska kolejowego. Tytułem przykładu można wskazać konieczność zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu w przypadku budowy linii tramwajowej. Należy uwzględnić i pogodzić ruch pieszy, kołowy, w tym również ścieżki rowerowe. Budowa linii tramwajowej musi być ponadto prowadzona w taki sposób, aby zapewniony został stały dostęp mieszkańców do ich posesji, a skutki prowadzenia robót nie uniemożliwiały przedsiębiorcom prowadzenia działalności gospodarczej. W zdecydowanie

większej mierze należy minimalizować dla osób trzecich niedogodności związane z prowadzeniem robót, niejednokrotnie nie ma możliwości zamknięcia dla osób trzecich placu budowy. Budowa linii kolejowej natomiast nie wymaga uwzględnienia powyższych okoliczności. Konieczne jest też uwzględnienie lokalizacji dużej ilości mediów podziemnych. Ponadto podkreślił, że kluczowym elementem prowadzenia prac związanych z budową linii tramwajowych jest zazwyczaj konieczność równoczesnej budowy/przebudowy ulic i infrastruktury technicznej. Jest to typowe dla tego rodzaju inwestycji. Podmiot prowadzący działalność w branży kolejowej, nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy/przebudowy linii tramwajowych ponieważ zadania kolejowe nie wymagają ingerencji w ulicę i sieć infrastruktury podziemnej. Zatem Zamawiający słusznie żąda aby wykonawca wykazał, że posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy/przebudowy torowiska tramwajowego wraz z budową/przebudową ulic wraz z infrastrukturą techniczną lub sieciami uzbrojenia terenu. Czym innym jest bowiem doświadczenie w budowie linii kolejowych i odrębnie ulic wraz z infrastrukturą podziemną, od spełnienia wymogów których spełniania żąda Zamawiający w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Nie można wykazać się spełnieniem tego warunku dwiema odrębnymi referencjami ponieważ torowisko tramwajowe jest częścią ulicy. Jednocześnie, rozwiązania techniczne stosowane przy budowie linii tramwajowych są inne od tych stosowanych na kolei. W torowiskach tramwajowych zastosowanie mają różne technologie i konstrukcje, takie jak podsypkowa i bezpodsypkowa z wykonaniem płyty żelbetowej i różnych systemów mocowań szyn do tej płyty. Natomiast w przypadku torowisk kolejowych stosuje się wyłącznie podsypkową konstrukcję torowiska w technologii podkładów. Ponadto w przypadku linii kolejowych w zakresie rozwiązań związanych np. z rozjazdami stosuje się standardowe rozwiązania katalogowe - typowe dla wszystkich projektów kolejowych. Z kolei w przypadku inwestycji tramwajowych każde rozwiązanie w zakresie rozjazdów wykonywane jest indywidualnie dla potrzeb projektu i dopasowane do geometrii konkretnej ulicy. W związku z powyższym podmiot który nie realizuje robót związanych z torowiskiem tramwajowym nie może posługiwać się zamiennie doświadczeniem na liniach kolejowych, gdyż nie są one tożsame. Rozwój infrastruktury tramwajowej koncentruje się na skutecznym rozwiązywaniu problemów eksploatacyjnych, takich jak trwałość torowiska (mierzona niskimi kosztami jego utrzymania) ograniczenie hałasu i wibracji oraz poprawa ogólnej estetyki ulic.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1627/10:

W dniu 30.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 Pzp, Torpol Sp. z o.o. wniosła odwołanie wobec opisu warunków udziału w postępowaniu w pkt III.2.3) ppkt 1) a) i b) oraz ppkt 2) 1 ogłoszenia o zamówieniu w związku z opisem sposobu dokonywania ich oceny w pkt IV. 1.2) ppkt 4 a), b) i e) ogłoszenia o zamówieniu.

Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 30.07.2010 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 4 Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w sposób nadmierny (nieproporcjonalny),
2. art. 7 Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu, sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenia tych warunków, w sposób naruszający zasadę przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści warunku doświadczenia w zakresie:

- a) długości pojedynczego toru - zmniejszenie wymogu z 10 000 mb długości pojedynczego toru do 6 000 mb długości pojedynczego toru [pkt III.2.3) ppkt 1) a) ogłoszenia],
- b) budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej – zmniejszenie długości z 10 000 mb linii tramwajowej do 3 000 mb linii tramwajowej [pkt III.2.3) ppkt 1) b) ogłoszenia],
- c) ilości projektów budowlano projektów budowlano - wykonawczych dot. przebudowy lub budowy linii tramwajowej wraz z siecią trakcyjną, jakimi wykazać się winni wykonawcy - zmiana wymogu wykazania się dwoma projektami na wymóg wykazania się jednym projektem oraz zmniejszenie prac projektowych z kwoty 5 000 000 PLN (z VAT) do kwoty 2 500 000 PLN (z VAT) [pkt III.2.3) ppkt 2) 1. ogłoszenia].

Zamawiający w zaskarżonych postanowieniach ogłoszenia wymaga aby wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykazali m.in., że (...) wykonali z należytą starannością w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)

- a) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego o długości pojedynczego toru równej co najmniej 10 000 mb, wraz z budową i przebudową ulic, wraz infrastrukturą techniczną lub sieciami uzbrojenia terenu, b) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej o długości nie mniejszej niż 10 000 mb.

Warunek w obecnym brzmieniu, a mianowicie wskazana długość toru pojedynczego 10 000 mb w sposób jednoznaczny ogranicza konkurencyjność. W ostatnich 5 latach tylko dwie inwestycje spełniają w/w warunek pod względem długości toru pojedynczego. W związku z czym wykonawcy, którzy realizowali właśnie te dwie inwestycje w sposób oczywisty zostali postawieni w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do wykonawców posiadających nie mniejsze doświadczenie w tym zakresie, zdobyte w zakresie budowy lub przebudowy krótszych odcinków torowisk tramwajowych. Podział przedsięwzięć budowy lub przebudowy tras tramwajowych na etapy obejmujące krótsze odcinki pozwalał m.in. wymóc większą konkurencyjność na rynku oraz dźwignąć miastom ciężar finansowy przedsięwzięć. Spośród inwestycji polegających na budowie lub przebudowie np. kilkunastu km torowiska w Łodzi, kilku kilometrów w Gdańsku, w Poznaniu, Wrocławiu oraz Szczecinie, Bydgoszczy,

jak również budowie tzw. szybkiego tramwaju oraz torowiska w tunelu w Krakowie, tylko dwa zamówienia zrealizowane w Warszawie (również spośród innych realizowanych w Warszawie) spełniają wymóg określony przez Zamawiającego w treści zaskarżonego warunku. Nie ulega wątpliwości, że wykonawcy nabyli równie duże doświadczenie, z całą pewnością wystarczające na potrzeby przedmiotowego zamówienia, realizując roboty w mniejszych odcinkach torowisk, niż określony w treści zaskarżonego warunku. Zamawiający co prawda oświadcza, że uzna warunek za spełniony również w przypadku, jeżeli wykonawca wykaże się należytem wykonaniem (...) mniejszej ilości robót budowlanych obejmujących łącznie swym zakresem i wartościami roboty wyżej wymagane, ale jednocześnie poprzez opis oceny spełnienia warunków postawił w uprzywilejowanej pozycji wykonawców dwóch spośród kilkudziesięciu zrealizowanych zamówień. Tylko wykazanie się realizacją odcinka torowiska wzdłuż Al. Jerozolimskich w Warszawie oraz późniejszą wzdłuż Al. Solidarności, pozwoli na przyznanie punktacji w tym zakresie.

Warunek doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej o długości nie mniejszej niż 10 000 mb również pod względem wskazanej długości torowiska jest warunkiem nadmiernym, a podana wielkość nie znajduje uzasadnienia w posiadanym przez wykonawców doświadczeniu. Długość odcinka linii tramwajowej przy budowie sieci trakcyjnej nie może stanowić wyznacznika posiadanego doświadczenia w tym zakresie. Ogranicza to dostęp wykonawcom, którzy nabyli swoje doświadczenie realizując wiele zamówień w zakresie krótszych odcinków. Stawia ich to w gorszej sytuacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawcy, który nabył swoje doświadczenie realizując jedno zamówienie, ale obejmujące odcinek 10 000 mb linii tramwajowej.

Warunek doświadczenia polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat (...) dwóch projektów budowlano - wykonawczych dot. przebudowy lub budowy linii tramwajowej wraz z siecią trakcyjną o wartości każdej z wykonanych prac projektowych równej co najmniej 5 000 000 PLN (z VAT) w sposób zdecydowany ogranicza krąg wykonawców mogących wykazać się projektami takiej wartości, tym samym ograniczając konkurencyjność oraz dostęp wykonawców do uzyskania zamówienia. Usługi projektowe w zakresie realizowanych ostatnio w kraju inwestycji odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu realizowane były w kwotach do 2 - 2,5 mln zł brutto max. Podobnie jak przypadku warunków zaskarżonych powyżej doświadczeniem określonym przez Zamawiającego legitymować się będzie mogło najwyżej dwóch z kilkunastu, dających rękojmię należytego wykonania, posiadających nie mniejsze doświadczenie oraz zapewniających konkurencyjność wykonawców.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03.08.2010 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1612/10 oraz sygn. akt: KIO 1627/10 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu (2010/S 139-213787 z dnia 21.07.2010 r.), odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1627/10, przystąpieniami do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1627/10 mają interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp we wnoszeniu odwołania, ponieważ konsekwencją uwzględnienia odwołania jest likwidacja ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, którzy mogą złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z realną możliwością uzyskania zaproszenia do złożenia oferty, co oznacza dla Odwołujących zwiększenie szansy na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenia o zamówieniu (2010/S 139-213787 z dnia 21.07.2010 r.), odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1627/10, przystąpień do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron i Przystępujących w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołania zasługują na uwzględnienie.

Z uwagi na wspólnych charakter Izba rozpatrzyła łącznie zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- a) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie w ogłoszeniu o zamówieniu nadmiernych wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakimi powinni wykazać się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, jako warunków udziału w postępowaniu, a tym samym uchybienie zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- b) § 1 ust. 1 pkt 2) i pkt 3) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez żądanie od wykonawców wykazów wykonanych robót budowlanych i wykonanych usług w przekraczającym niezbędny do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zakresie;
- c) art. 22 ust. 4 Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w sposób nadmierny (nieproporcjonalny),
- d) art. 7 Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu, sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenia tych warunków, w sposób naruszający zasadę przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. W konsekwencji uznając, że niniejsze zarzuty są zasadne.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

W ramach ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zawarł:

„SEKCJA II: PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA, II.1.5) *Krótki opis zamówienia lub zakupu(ów)*

1. *Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie: linii tramwajowej, odcinka ulicy Obiegowej, zajezdni tramwajowych, przejścia podziemnego pod al. Piłsudskiego, przebudowy skrzyżowań dla potrzeb poprowadzenia linii tramwajowej w ramach programu budżetowego: Modernizacja i rozwój zintegrowanego systemu transportu zbiorowego w Olsztynie.*

2. *Wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia nastąpi w formule: zaprojektuj - wybuduj. Opis zakresu planowanych robót budowlanych określony został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, który stanowić będzie załącznik do SIWZ i obejmuje realizację:*

a) *linii tramwajowej wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą o długości ok. 10 km: (..)*

c) *zajezdni tramwajowych: zajezdni obsługowej (...) i zajezdni postojowej (..);*

b) *przejścia podziemnego (..) powiązanego z peronem przystanku tramwajowego;*

c) *przebudowy skrzyżowań dla potrzeb prowadzenia linii tramwajowej.”*

Z kolei w SEKCJI III: INFORMACJE O CHARAKTERZE PRAWNYM, EKONOMICZNYM, FINANSOWYM I TECHNICZNYM, III.1) WARUNKI UDZIAŁU, III.2.3) Zdolność techniczna, Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: 1. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia muszą spełniać następujące warunki dotyczące posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że:

„1) Wykonali z należytą starannością w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej następujące roboty budowlane:

a) Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego o długości pojedynczego toru równej co najmniej 10 000 mb, wraz z budową lub przebudową ulic wraz z infrastrukturą techniczną lub sieciami uzbrojenia terenu.

b) Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej o długości linii nie mniejszej niż 10 000 mb, (...)

2) Wykonali z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej:

1. Dwa projekty budowlano-wykonawcze dot. przebudowy lub budowy linii tramwajowej wraz z siecią trakcyjną o wartości każdej z wykonanych prac projektowych równej co najmniej 5 000 000 PLN (z VAT). W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku Zamawiający wymaga złożenia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich rodzaju i zakresu, wartości, dat wykonania i odbiorców (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) oraz dokumentów potwierdzających, że prace projektowe wymienione w wykazie zostały wykonane należycie (...).”

Zamawiający w ramach SEKCJA IV: PROCEDURA, IV. 1.2) Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału wskazał, że: „Przewidywana liczba wykonawców 5”, Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: „(...) 4. Doświadczenie Wykonawcy oceniane będzie na podstawie wskazanych w wykazie robót i wykazie usług, wykonanych z należytą starannością (zakończonych, odebranych i potwierdzonych dokumentami o należytych wykonaniu) w okresie ostatnich 5 lat (dla robót budowlanych) i 3 lat (dla usług) przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dot. wykonanych robót budowlanych i prac projektowych. Za spełnienie warunku udziału w postępowaniu wyłącznie na poziomie minimalnym, określonym przez Zamawiającego, Wykonawca otrzyma 0 punktów. Za każdą dodatkową, ponad wymaganą należycie wykonaną robotę budowlaną lub pracę projektową zostaną przyznane dodatkowe punkty w następujący sposób:

a) doświadczenie Wykonawcy w realizacji robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego o długości toru pojedynczego równej co najmniej 10 000 mb - za każdą dodatkową robotę spełniającą wymagania Zamawiającego zostaną przyznane - 4 pkt.

b) doświadczenie Wykonawcy w realizacji robót polegających na budowie lub przebudowie

sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej o długości linii równej co najmniej 10 000 mb - za każdą dodatkową robotę spełniającą wymagania Zamawiającego zostaną przyznane - 4 pkt. (...)

d) doświadczenie Wykonawcy w zakresie wykonanych z należytą starannością projektów budowlano - wykonawczych dot. przebudowy lub budowy linii tramwajowej wraz z siecią trakcyjną o wartości każdej z wykonanych prac projektowych równej co najmniej 5 000 000 PLN (z VAT) - za każdą dodatkową usługę projektową spełniającą wymagania Zamawiającego zostaną przyznane - 2 pkt. (...)”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może być dowolny, lecz powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powyższe ma na celu zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opis warunków udziału w postępowaniu, czyli ich konkretyzacja oraz sposób oceny ich spełniania powinien zapewniać wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, co stanowi cel jakiego ma służyć. Nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Wykazywane roboty budowlane, czy też usługi mają więc być nie tyle tożsame, czy też identyczne z przedmiotem zamówienia, ale być z nim związane oraz proporcjonalne do niego, tj. umożliwiające i zarazem zapewniające osiągnięcie celu jakim jest należyte wykonanie zamówienia. To na Zamawiającym spoczywa określenie poziomu od którego zostanie zabezpieczona możliwość należytego wykonania zamówienia, czyli adekwatności względem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający konstruując opis warunku oraz sposób oceny ich spełniania uznał za niezbędne, aby odnosiły się one do robót budowlanych związanych z transportem tramwajowym (roboty budowlane tramwajowe – polegające na: „(...) *budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego (...)*”; „ (...) *sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej (...)*”). W ocenie Izby obaj Odwołujący, w drugim wypadku jako Przystępujący do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Odwołującego wykazali w sposób niebudzący wątpliwości zasadność wniosku o rozszerzenie spornego zapisu ogłoszenia o torowiska kolejowe oraz sieci trakcyjne dla linii kolejowych. Niniejsze działanie nie spowoduje zagrożenia dla należytego wykonania zamówienia i daje także rękojmię dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Izba nie przeczy istnieniu pewnych rzeczywistych różnic, jednakże obaj Odwołujący, w drugim wypadku jako Przystępujący do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Odwołującego, przedstawili kontrargumentacje względem twierdzeń Zamawiającego oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Zamawiającego, opartą na konkretnych przykładach określonych inwestycji, z której wynika, że także roboty budowlane związanych z transportem kolejowym spełniają uwarunkowania, które były podstawą sformułowania kwestionowanych postanowień ogłoszenia. Zasadnie bowiem

wskazywano, że niektóre inwestycje kolejowe są prowadzone w obszarze silnie zurbanizowanym (w centrum miasta, o liczbie mieszkańców większej niż w wypadku Zamawiającego), pod stałym nadzorem konserwatora zabytków, również wymagają wygłuszenia antyhałasowego i antywibracyjnego, czy też związane są z różnego rodzaju pracami dotyczącymi sieci wodociągowej, przejazdów kolejowych, skrzyżowań, sieci gazowej i energetycznej, czyli „budową lub przebudową ulic wraz z infrastrukturą techniczną lub sieciami uzbrojenia terenu”, co podnosił Zamawiający jako jeden z istotnych czynników różnicujących. Niezaprzeczalną okolicznością jest także fakt, że także przy tego rodzaju robotach, częstym jest konieczność zorganizowania zastępczej organizacji ruchu na znacznym obszarze z zagwarantowaniem dojazdu do posesji prywatnych. Tzw. „inwestycje w szczyrim polu” mają miejsce także przy robotach budowlanych związanych z transportem tramwajowym przykładem jest miasto Łódź. Dostępność dla komunikacji autobusowej torowisk tramwajowych, także w ocenie Izby jest do osiągnięcia przez potencjalnych wykonawców realizujących roboty budowlane kolejowe biorąc pod uwagę podobną technologie na przejazdach kolejowych. Element czasowy (czas trwania zamówienia, tj. robót budowlanych - 24 miesiące) także jest elementem szeregu inwestycji kolejowych, co Izba uznała za wiarygodne zwłaszcza w kontekście inwestycji kolejowych związanych z EURO 2012.

Izba wskazuje, że wzięła także pod uwagę okoliczność tego rodzaju, że transport tramwajowy to lekka kolej miejska, czyli lekka forma transportu szynowego. Zaś generalnie charakterystyka warunków wykonywania robót budowlanych kolejowych jest porównywalna lub nawet wyższa niż robót budowlanych tramwajowych. W ocenie Izby jeżeli wykonawca jest w stanie wykazać się doświadczeniem przy robotach budowlanych kolejowych to tym bardziej ma doświadczenie w robotach budowlanych tramwajowych i będzie w stanie należycie je zrealizować, w konsekwencji zachodzi ich porównywalność.

Zamawiający konstruując opis warunku oraz sposób oceny ich spełniania uznał za niezbędne, aby odnosiły się one do robót budowlanych związanych z transportem tramwajowym „(...)o długości pojedynczego toru równej co najmniej 10 000 mb (...)”, „(...) sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej o długości linii nie mniejszej niż 10 000 mb (...). W ocenie Izby brak jest różnic *de facto* za wyjątkiem wielkości 10 km w przedmiocie zamówienia w inwestycjach realizowanych na mniejszych odcinkach. Powtarzalność zakresu robót i ich charakteru nie była kwestionowana przez Zamawiającego. Okoliczność, że jak wskazywał Zamawiający wielkość 10 km jest wielkością linii, która w większości ma dwutorowy charakter co w konsekwencji daje wielkość około 22 km toru pojedynczego, a więc jest to wielkość o połowę mniejsza od wielkości wynikającej z przedmiotu zamówienia, nie jest czynnikiem wystarczającym dla uznania jego zasadności. Dokonane przez drugiego Odwołującego, a zarazem Przystępującego do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Odwołującego rozeznanie rynku potwierdza, jako fakt

powszechnie znany, że zdecydowana większość inwestycji tramwajowych została z uwagi na kwestie związane z dofinansowaniem oraz zwiększenie konkurencyjności cenowej zrealizowana etapami, w odcinkach o wielkościach mniejszych niż 10 km, co w sposób istotny wpływa na ocenę spornego postanowienia ogłoszenia. Izba nie neguje, że nie wszyscy wykonawcy w ramach istniejącego rynku muszą zostać dopuszczeni do realizacji zamówienia. Wiadomy bowiem jest okoliczność, że opis warunku oraz sposób oceny ich spełniania już sam w sobie generuje konieczność selekcji. Jednakże, w ocenie Izby ograniczenie zamówienia do wąskiego grona wykonawców, nie jest działaniem zgodnym z zasadą racjonalności wydatkowania środków publicznych, tym bardziej gdy wykonawcy mogący wykazać się inwestycjami tramwajowymi o wielkości mniejszej niż 10 km (*„długości pojedynczego toru”*, *„sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej o długości linii”*), dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby okoliczność, że planowana inwestycja ma przebiegać nie na odcinku jednej czy też dwóch ulic, lecz na obszarze głównych ulic w centrum miasta Olsztyna przez 24 miesiące, czy też fakt wprowadzenie linii tramwajowych na obszarze miasta Olsztyna nie jest wystarczającym powodem do skonstruowania tak nadmiernych postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Biorąc pod uwagę zakres i ilość prowadzonych inwestycji budowlanych, w różnych miastach kraju nie różnicuje to niniejszego zamówienia w sposób tak istotny, jak ocenia to Zamawiający.

Po drugie, odnosząc się do opisu warunku oraz sposób oceny ich spełniania dotyczącego usługi wykonania projektów budowlano-wykonawcze dot. przebudowy lub budowy linii tramwajowej wraz z siecią trakcyjną o wartości każdej z wykonanych prac projektowych równej co najmniej 5 000 000 PLN (z VAT), Izba wskazuje, że istotnie wielkość określona przez Zamawiającego jest nadmierna. Argumentacja Zamawiającego o dostosowaniu wielkości 5 000 000 PLN (z VAT) do wyceny projektów budowlanych dla jego inwestycji wynoszących 9.200.000 PLN brutto, czyli w konsekwencji ograniczenie wymogu o połowę, tak jak poprzednio, nie jest czynnikiem wystarczającym dla uznania jego zasadności. W tym zakresie uznając adekwatność argumentacji dotyczącej robót budowlanych związanych z transportem tramwajowym *„(...)o długości pojedynczego toru równej co najmniej 10 000 mb (...)”*, *„(...) sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej o długości linii nie mniejszej niż 10 000 mb (...)”*.

Jednocześnie Izba wskazuje, że istotnie nie jest możliwe rozszerzenie brzmienia obecnego zapisu o usługi kolejowe bowiem tylko projektanci dysponujący uprawnieniami drogowymi mogą realizować projekty tramwajowe, w tym zakresie Izba uznała oświadczenie Zamawiającego oparte na opinii Przewodniczącego Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej przy Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa prof. dr hab. inż. Kazimierza Szulborskiego za wiarygodne, tym bardziej wobec identycznego stanowiska wynikającego z argumentacji przedstawionej na rozprawie przez drugiego Odwołującego, a zarazem Przystępującego do

postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Odwoływającego. Fakt, że zasady projektowania podtorza, geometrii układu podtorowego oraz nawierzchni podsypkowych oraz bezpodsypkowych są tożsame jak w przypadku budowy linii kolejowych, na co wskazywał drugi Odwoływający, a zarazem Przystępujący do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1612/10 po stronie Odwoływającego, nie zmieniają stanowiska Izby w tym zakresie.

Po trzecie, Izba uznaje, że Zamawiając winien zmodyfikować postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób, zastrzegając za orzecznictwem, że nie jest związana żądaniami Odwoływających, ale tylko i wyłącznie zarzutami:

- a) Sekcji III pkt 2.3) ppkt 1.1) lit. a („*Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego lub kolejowego o długości pojedynczego toru równej co najmniej 6 000 mb, wraz z budową lub przebudową ulic wraz z infrastrukturą techniczną lub sieciami uzbrojenia terenu*”),
- b) Sekcji III pkt 2.3) ppkt 1.1) lit. b („*Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej dla linii tramwajowej lub kolejowej o długości linii nie mniejszej niż 3 000 mb*”),
- c) Sekcji III pkt 2.3) ppkt 1.2.1 („*Jeden projekt budowlano-wykonawczy dot. przebudowy lub budowy linii tramwajowej wraz z siecią trakcyjną o wartości każdej z wykonanych prac projektowych równej co najmniej 2 500 000 PLN (z VAT)*”).
- d) Sekcji IV pkt 1.2) ppkt 4) lit. a), b) i e) ogłoszenia adekwatnie do zmian wynikających z zapisów wcześniejszych.

Izba wskazuje, że powyższe modyfikacje brały pod uwagę stanowisko przedstawione na rozprawie pierwszego Odwoływającego, który wyjaśnił, iż wielkości zwarte w żądaniu drugiego Odwoływającego wynikają z przywołanych przez niego wielkości wskazanych inwestycji 2, 3 km na torze podwójnym co daje około 6 km toru pojedynczego.

Ponadto, oświadczenie drugiego Odwoływającego, że żądania wynikające z odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 nie pozostają w sprzeczności z żądaniami zawartym w jego odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 1627/10.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1612/10, sygn. akt: KIO 1627/10 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 i 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1612/10 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z przedłożonym do akt sprawy rachunkiem, tj. kopią faktury VAT w wysokości 2.440,00 zł, będącym podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba uznała także wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1627/10 o zasądzenie kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę w wysokości 220,00 zł zgodnie z przedłożonymi kopiami biletów kolejowych na analogicznych zasadach jak powyżej (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....