

Sygn. akt: KIO 1940/16

WYROK

z dnia 26 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ASTALDI S.p.A., Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A., adres dla pełnomocnika: G.V. Bona 65, 00150 Rzym** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Poltores Sp. z o.o., Construcciones Rubau S.A., Rover Alcisa S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału.

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ASTALDI S.p.A., Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A., adres dla pełnomocnika: G.V. Bona 65, 00150 Rzym** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ASTALDI S.p.A., Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A., adres dla pełnomocnika: G.V. Bona 65, 00150 Rzym** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na przebudowę układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59, odcinek granica województwa dolnośląskiego - Leszno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław - Poznań, etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego - Czempień. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 maja 2015 r. pod poz. 2015/S 088-158026.

W dniu 14 października 2016 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Astaldi S.p.A. oraz Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania a polegające na wadliwej ocenie wniosku o dopuszczenie do udziału złożonego przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że Zamawiający nie zakwalifikował Odwołującego do dalszego etapu postępowania tj. do etapu składania ofert, przyznając Odwołującemu zbyt małą ilość punktów w stosunku do tego ile powinien otrzymać Odwołujący na podstawie złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wyniku tej wadliwej czynności Odwołujący został skwalifikowany w rankingu wykonawców na pozycji 9 (mimo, iż początkowo był skwalifikowany na pozycji 8), podczas gdy powinien być zostać zakwalifikowany na pozycji 8, co, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, kwalifikowałoby go do otrzymania zaproszenia do składania ofert. Zamawiający przewidział zaproszenie do składania ofert 8 wykonawców, których wnioski uzyskają najwyższą ilość punktów, zgodnie z przyjętymi kryteriami selekcji opartymi na warunkach udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że działania Zamawiającego naruszają art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 51 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp i inne wskazane w treści odwołania. Odwołujący wniósł o unieważnienie oceny wniosków, a w odniesieniu do wniosku złożonego przez Odwołującego - o powtórzenie czynności oceny tego wniosku i przyznanie Odwołującemu ilości punktów odpowiadającej informacjom zawartym we wniosku w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania i w jej wyniku sklasyfikowanie Odwołującego na 8 pozycji rankingowej i zaproszenie Odwołującego do składania ofert.

W ocenie Odwołującego Zamawiający przeprowadził proces selekcji z naruszeniem treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wniosku Odwołującego. Zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu zasadami przyznawania punktów, Odwołujący

oprócz przyznanych mu przez Zamawiającego 70 pkt winien był otrzymać o 30 pkt więcej, czyli łącznie 100 pkt i tym samym znaleźć się na 8 miejscu rankingu. Zastrzeżenia Odwołującego co do ilości przyznanych punktów dotyczyły poz. 1 wykazu – prace projektowe, budowa i przebudowa, infrastruktury kolejowej prowadzone w trakcie jej funkcjonowania, w celu zapewnienia funkcjonalności odcinka połączeń międzysystemowych pomiędzy historyczną linią Bolonia- Mediolan i odpowiadającym odcinkiem realizowanej linii Av/Ac. Zdaniem Odwołującego realizacja ta spełnia wszystkie wymagania opisane przez Zamawiającego w warunku w pkt IV.1.2 ppkt 1.2 Ogłoszenia o Zamówieniu, czego potwierdzeniem są dowody zamieszczone na stronach 451-462 wniosku.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, który powołując się na referencje ze strony 453 wniosku o dopuszczenie do udziału stwierdził, że realizacja z poz. 1 „nie spełnia warunku długości”. Ocena ta, zdaniem Odwołującego, nie uwzględnia informacji zawartej w dokumencie stanowiącym uzupełnienie zaświadczenia w wykonaniu robót dotyczących budowy nawierzchni kolejowej, zamieszczonym na stronie 455-456 (tłumaczenie str. 457-458). Na str. 457 tiret 5 zawarta jest jednoznaczna informacja, że „w ramach niniejszej umowy na odcinku dwutorowej linii kolejowej o długości 20 km wykonano roboty obejmujące podtorze i torowisko”, natomiast w tiret 3 zawarta jest informacja, że „w ramach niniejszej umowy spółka (...) wykonała prace projektowe i wybudowała 40 km toru kolejowego dla linii kolejowej dwutorowej”. Odwołujący podkreślił, że powyższe informacje stanowią potwierdzenie, że długość linii kolejowej, na której wykonano te roboty wynosiła 20 km, natomiast w związku z tym, że jest to linia dwutorowa to roboty obejmujące budowę lub przebudowę nawierzchni torowej obejmowały 40 km (2 x 20 km). Odwołujący wyjaśnił, że podając w poz. 1 Wykazu, że zadanie obejmowało m.in.: „budowę i przebudowę 20 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej, obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie obydwu torów wraz z budową lub przebudową 20 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej” być może wyraził się niezbyt jasno, lecz biorąc pod uwagę treść przedstawionego zaświadczenia o wykonaniu robót jednoznacznie potwierdził, że w ramach przedmiotowej inwestycji wykonano roboty polegające na budowie lub przebudowie 40 km (czyli więcej niż wymagane 35 km) nawierzchni torowej na linii kolejowej o długości 20 km, która jest linią dwutorową. W konsekwencji Odwołujący winien za poz. 1 otrzymać 30 pkt. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie zgodnie z zasadami równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności. Odwołujący winien być traktowany przez Zamawiającego na równych zasadach z innymi wykonawcami uczestniczącymi w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania, bowiem w sposób odmienny ocenił wniosek Odwołującego i wniosek złożony przez konsorcjum Świetelsky Rail Polska Sp. z o.o..

W referencjach (str. 41), które były podstawą przyznania punktów temu wykonawcy znajduje się informacja, że „długość linii kolejowej, której dotyczył Projekt wynosiła 150,6 km magistrali (2X75,3km). Odwołujący podniósł, że gdyby Zamawiający oceniał powyższą pozycję w taki sam sposób, jak oceniał wniosek Odwołującego, to należałoby przyjąć do oceny długość linii dwutorowej wynoszącą 75,3 km. A zatem wykonawca mógłby uzyskać 30 pkt za pierwsze 35 km i po 5 pkt za kolejne trzy odcinki o długości 15 km, czyli łącznie mógłby uzyskać jedynie **45 pkt**. Natomiast Zamawiający przyznał mu **50 pkt**, co oznacza że wziął pod uwagę, że linia jest dwutorowa, a zatem wykonano dwa razy więcej nawierzchni torowej niż wynikałoby z długości odcinka.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W treści Ogłoszenia o Zamówieniu w poz. „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału”, Zamawiający ustalił, że jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 8, Zamawiający zaprosi do składania ofert Wykonawców, którzy otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału według następujących zasad:

1. za każde zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) **co najmniej 35 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej** obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie obydwu torów wraz z budową lub przebudową **minimum 35 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej**, o wartości co najmniej **120 000 000,00 złotych brutto** (słownie: sto dwadzieścia milionów złotych), przy czym **co najmniej 10 km** robót wykonanych było przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim, Wykonawca otrzyma **30 punktów**;
2. za **każdy kolejny** wybudowany lub przebudowany, w ramach powyższego zamówienia, **odcinek o długości 15 km** (maksymalnie cztery odcinki) **nawierzchni torowej na linii dwutorowej** obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie obydwu torów wraz z budową lub przebudową sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej - Wykonawca otrzyma **5 dodatkowych punktów** (maksymalnie 20 dodatkowych punktów). W sumie wykonawca może otrzymać 50 punktów w jednym Zamówieniu; (...)."

Na stronach 445-450 wniosku o dopuszczenie do udziału Odwołujący załączył wykaz wykonanych robót, w którym podał 10 inwestycji. W poz. 1 wykazu wskazał na realizację pn. „Prace projektowe, budowa i przebudowa infrastruktury kolejowej prowadzone w trakcie jej funkcjonowania, w celu zapewnienia funkcjonalności odcinka połączeń międzysystemowych pomiędzy historyczną linią Bolonia- Mediolan i odpowiadającym odcinkiem realizowanej linii AV/AC. Zadanie obejmowało m.in. - budowę i przebudowę 20 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej, obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie obydwu torów wraz z budową lub przebudową 20 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, o wartości 234 185 215,05 euro netto (993 811 797,10 PLN w przeliczeniu wg średniego kursu NBP na dzień 1.10.2015 -1Euro = 4,2437 PLN) przy czym 20 km robót wykonywane było przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich”. Na stronach 451- 462 wniosku o dopuszczenie do udziału Odwołujący załączył referencje, potwierdzające wykonanie prac zgodne z zasadami sztuki budowlanej. W treści tłumaczenia „uzupełnienia zaświadczenia o wykonaniu robót dotyczących budowy nawierzchni kolejowej” (strona 457-458 wniosku) wskazano m.in.: tiret 3 - „w ramach niniejszej umowy spółka C.L.F. Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. wykonała prace projektowe i wybudowała 40 km toru kolejowego dla linii kolejowej dwutorowej”, tiret 5 - „w ramach niniejszej umowy na odcinku dwutorowej linii kolejowej o długości 20 km wykonano roboty obejmujące podtorze i torowisko”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, jako podmiot który nie został zaproszony do składania ofert, niewątpliwie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania bowiem na skutek działań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co powoduje, że zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania.

Z treści warunku doświadczenia, opisanego w pkt IV.1.2 Ogłoszenia o zamówieniu, będącego podstawą selekcji wykonawców wynika, że Zamawiający przyznawał 30 pkt za zamówienia polegające na budowie lub przebudowie co najmniej 35 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie obydwu torów wraz z budową lub przebudową min. 35 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, o wartości co najmniej 120 000 000 brutto, przy czym co najmniej 10 km robót miało być wykonanych przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim.

Wykonawca mógł otrzymać dodatkowe 5 pkt za każdy kolejny wybudowany lub przebudowany w ramach danego zamówienia, odcinek o długości 15 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie obydwu torów wraz z budową lub przebudową sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej. Maksymalnie w jednym zamówieniu wykonawca mógł otrzymać 20 pkt dodatkowych, w sumie 50 pkt.

Istotnie z treści samego wykazu robót, załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału, wynika, że Odwołujący w ramach inwestycji z poz. 1 zrealizował „budowę i przebudowę 20 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej”. Jednak oświadczenia tego nie można czytać w oderwaniu od treści „uzupełnienia zaświadczenia o wykonaniu robót (...)”, zamieszczonego na str. 457-458 wniosku o dopuszczenie do udziału. W tiret 3 tego dokumentu wskazano wprost, że spółka C.L.F. Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. wykonała prace projektowe i wybudowała 40 km toru kolejowego dla linii kolejowej dwutorowej. Zasadnym jest stanowisko Odwołującego, w którym zwraca on uwagę na rozróżnienie pojęć użytych w treści referencji: „tor kolejowy dla linii kolejowej dwutorowej” oraz „dwutorowa linia kolejowa”. W pierwszym przypadku chodzi o długość samego toru kolejowego (nawierzchni torowej) na linii dwutorowej, zaś w drugim przypadku chodzi o długość całej linii kolejowej, która jest dwutorowa. Tymczasem Zamawiający wymagał wykazania się budową lub przebudową odpowiedniej długości (min. 35 km) nawierzchni torowej na linii dwutorowej a zatem istotna z punktu widzenia oceny była długość samego toru kolejowego a nie linii kolejowej dwutorowej, na której była realizowana inwestycja. Przy takim rozróżnieniu pojęć niezasadnym jest stanowisko Zamawiającego, który z treści tiret 3 „uzupełnienia zaświadczenia (...)” wysnuwa wniosek, iż prace obejmujące podtorze i torowisko wykonano jedynie na długości 20 km toru kolejowego. W przywołanym postanowieniu mowa jest bowiem o „odcinku dwutorowej linii kolejowej” a nie o odcinku toru kolejowego.

Zdaniem Izby, analiza złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału dokumentów: wykazu robót oraz referencji, prowadzi do stwierdzenia, że Odwołujący zrealizował w ramach inwestycji z poz. 1 wykazu 40 km nawierzchni torowej na linii dwutorowej (40 km toru kolejowego na linii kolejowej dwutorowej), obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie wraz z przebudową lub budową 20 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej. Oznacza to, że za realizację inwestycji z poz. 1 wykazu Odwołujący powinien otrzymać 30 pkt.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

