

Sygn. akt: KIO 1373/14

WYROK

z dnia 22 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A., Skanska a.s., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego BANIMEX Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 93, 42-504 Będzin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A., Skanska a.s., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 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: Skanska S.A., Skanska a.s., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa mostu stalowego w km 167,561 na linii 068 Lublin- Przeworsk”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2014/S 058-096497.

W dniu 2 lipca 2014 roku odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A., Skanska a.s., wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego BANIMEX Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art.24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Banimex Sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wskazana przez niego osoba na stanowisko kierownika budowy nie spełnia warunków wymaganych przez Zamawiającego,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2 b oraz § 1 ust, 6 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Banlmex Sp. z o, o, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż przedłożone przez niego zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie zapewnia prawidłowego dysponowania tymi zasobami, a tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, a także tym samym naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp,
3. art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Banimex Sp. z o. o z postępowania, pomimo, iż Wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania.

Z ostrożności podniósł, iż gdyby Izba uznała, iż wykonawca Banimex Sp. z o. o nie przedstawił nieprawdziwych informacji, to Zamawiający naruszył także przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnień wybranego wykonawcy oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do uzupełnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Banlmex Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. wykluczenie Wykonawcy Banimex Sp. z o. o postępowania,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu,
4. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

Z ostrożności wniósł na wypadek, gdyby Izba uznała, iż Wykonawca Banimex Sp z o.o, nie przedstawił nieprawdziwych informacji o nakazanie zamawiającemu wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnień i uzupełnienia w zakresie złożonej przez niego oferty.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że osoba wskazana przez Banimex Sp. z o.o. na stanowisko kierownika budowy – pan G..... R..... - nie ma wymaganego doświadczenia, którego żądał zamawiający. Wskazane w ofercie dwie budowy nie spełniają zasadniczego warunku związanego z przebudową lub budową linii kolejowej zelektryfikowanej i doświadczenia – 36 miesięcy. Odwołujący podniósł, że wykonawca Banimex sp. z o.o. podał w ofercie nieprawdziwe informacje, poświadczając że Pan G..... R..... na projekcie „Łódź Kaliska – Częstochowa” wykonywał prace związane z przebudową linii kolejowej, podczas gdy faktycznie to nie miało miejsca. Przedstawione nieprawdziwe informacje mają wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta Banimex Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza, co ma wpływ na wynik postępowania. Ponadto, odwołujący wskazał, że z uzyskanych przez niego informacji wynika, że Pan G..... R..... pełnił funkcję kierownika budowy na tym projekcie w terminie 14.12.2007 - 07.11,2008, a nie jak wskazano w tabeli dotyczącej wykazu wykonanych osób, którymi dysponuje wykonawca w datach 10.2007 - 10.2008. Wskazanie innych dat zatem wskazuje także, iż wykonawca Banimex Sp. z o.o. poświadczył w tym zakresie nieprawdziwe informacje. Biorąc pod uwagę złożenie nieprawdziwych informacji przez Banimex Sp. z o.o. nie jest możliwe uzupełnienie przedmiotowego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Po drugie odwołujący podniósł, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego - DROG- BUD Sp, z o.o. nie zapewnia zamawiającemu, iż wybrany wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Wątpliwości budzi też, czy w świetle tego zobowiązania wybrany podmiot będzie zapewniał prawidłowe wykonanie zamówienia. Zobowiązanie wykonawcy - DROG - BUD Sp. z o.o. wskazuje na udostępnienie wiedzy i doświadczenia, jednakże sam udział podmiotu

udostępniającego nastąpi już tylko w zakresie wykonania podbudowy.

Oczywista wydaje się konstatacja, iż wybrany wykonawca nie będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Przedmiot zamówienia jest niezwykle skomplikowany, stąd zamawiający postawił warunki adekwatne do stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Należy wskazać iż zakres zadania obejmuje między innymi branżę mostową, której udział w zamówieniu stanowi około 75%, stąd udział w realizacji podbudowy nie zapewnia wsparcia co do dalszego bardziej skomplikowanego przedmiotu zamówienia.

Wybrany Wykonawca zaś nie legitymuje się takim doświadczeniem co do całości skomplikowanego przedmiotu zamówienia, a podmiot udostępniający mu zasoby będzie brał udział tylko i wyłącznie w zakresie wykonania podbudowy. Zatem, w pozostałym zakresie wykonawca Banimex Sp. z o.o. nie będzie miał zapewnionego „fizycznego wsparcia” na budowie, co jak wskazano powyżej przy tak skomplikowanym przedmiocie zamówienia ewidentnie wskazuje na brak dysponowania zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a tym samym także co dalej idące brak zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Odwołujący podkreślił, że wykonawca, powołując się na przepis 26 ust. 2b Pzp, musi jednak udowodnić Zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, oraz że Jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie - na czas i w celu realizacji tego zamówienia.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący jako podmiot, biorący udział w postępowaniu legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniającym go do złożenia odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego wskazanych w odwołaniu może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W pkt 8. 2.2 b siwz zamawiający wskazał, iż wymaga dysponowania osobami, które będą wykonywać zamówienie, w tym kierownikiem budowy, który powinien posiadać następujące doświadczenie: co najmniej 3 lata (36 miesięcy) doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika robót w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane w ostatnich 10 latach kalendarzowych na zadaniach związanych z przebudową lub budową linii kolejowej zelektryfikowanej.

W odpowiedzi na pytanie nr 20, zadane w toku postępowania przez jednego z wykonawców, zamawiający poinformował, że pojęcie linii kolejowej zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym. Zgodnie z tym przepisem linia kolejowa to droga mająca początek i koniec wraz z przyległymi pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajętyymi pod nie gruntami. Pod pojęciem drogi kolejowej, zgodnie z art. 4 pkt 1 a ustawy o transporcie kolejowym, należy rozumieć nawierzchnię kolejową wraz z podtorzem i budowlami inżynieryjnymi oraz gruntem, na którym jest usytuowana.

W ofercie wykonawcy Banimex Sp. z o.o. wskazano, że pan G..... R..... - powołany na stanowisko Kierownika budowy - posiada w wymaganym zakresie doświadczenie przy realizacji dwóch zadań. Pierwsza z robót wykonana od 07.2010 do 04.2013 (32 miesiące) polegała na budowie dwupoziomowego skrzyżowania drogi z torami kolejowymi – wiaduktu kolejowego w km 36,772 linii kolejowej E65 Warszawa – Gdynia. W ramach tych robót wykonano 2xwiadukt kolejowy, 2x kładka dla pieszych, przejście podziemne, dojście do peronów). Druga robota wykonana w okresie 10.2007-10.2008 (12 miesięcy) polegała na przebudowie przejazdu kolejowego wraz z zabudową rozjazdu, urządzeniami sterowania oraz urządzeniami posterunku przejazdu wzdłuż linii kolejowej PKP Łódź Kaliska – Częstochowa w ramach przebudowy wiaduktów w/c DK 91 nad torami PKP – Rudniki.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, po pierwsze wskazać należy, że wymaganiem zamawiającego co do doświadczenia osoby pełniącej funkcje kierownika budowy było wykonanie prac związanych z przebudową lub budową linii kolejowej a nie prac polegających na budowie lub przebudowie linii kolejowej. Okoliczność ta powoduje, że za spełniające wymagania należy uznać wszystkie prace, które były jedynie związane i konieczne do wykonania przebudowy lub budowy linii kolejowej. Ścisła interpretacja tego wymagania przedstawiona przez odwołującego nie znajduje oparcia w świetle literalnego brzmienia warunku.

Zgodnie z przywołaną wyżej definicją linii kolejowej pod pojęciem linii kolejowej należy rozumieć nie tylko drogę kolejową wraz z przyległym pasem gruntu ale także budowlę, budynki i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego. W świetle tego niewątpliwie uznać należy, że wiadukt kolejowy jaki był wykonany w ramach realizacji zadania p.n. Budowa dwupoziomowego skrzyżowania drogi z torami kolejowymi - wiaduktu kolejowego na linii kolejowej E65 Warszawa - Gdynia, jest budowlą przeznaczoną do prowadzenia ruchu kolejowego. Podobnie doświadczenie pana G..... R..... zdobyte podczas realizacji inwestycji polegającej na przebudowie przejazdu kolejowego wraz z zabudową rozjazdu, urządzeniami sterowania oraz urządzeniem posterunku przejazdowego wzdłuż linii kolejowej PKP Łódź Kaliska- Częstochowa w ramach przebudowy wiaduktów nad torami PKP- Rudniki, należy uznać za spełniające wymagania zamawiającego. Okoliczność, że zadanie polegało na przebudowie wiaduktu drogowego nad linią kolejową zelektryfikowaną, nie wyklucza wykonania w ramach tego zadania prac związanych z przebudową linii kolejowej takich jak np: budowa tymczasowych przejazdów przez tory kolejowe, montaż kabli srk, łączności, teletechnicznych dla potrzeb przejazdów, demontaż przejazdów przez tory kolejowe magistrali PKP i bocznic. Na taki zakres prac, wykonany podczas realizacji zadania przebudowy wiaduktów na torami PKP Rudniki wskazuje pismo z dnia 1 lipca 2014 roku Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, złożone przez odwołującego jako dowód w sprawie.

Nie zasługuje na uznanie zarzut podania przez wykonawcę Banimex sp. z o.o. nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania. Nawet gdyby przyjąć, że omyłkowo podano miesiące rozpoczęcia i zakończenia robót to i tak przystępujący spełnia wymagania, co powoduje, że omyłka ta z pewnością pozostawałaby bez wpływu na wynik postępowania. Po pierwsze odwołujący nie wykazał, że w sprawie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na wynik postępowania a wykonawca działał ze świadomością podania informacji niezgodnych z rzeczywistością. Sama odmienna ocena zakresu posiadanego przez Pana G..... R..... doświadczenia i rozbieżność w dacie realizacji zadania, nie oznacza automatycznie podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Za słuszne należy uznać twierdzenie przystępującego, że nawet gdyby przyjąć, że okres realizacji zadania p.n. przebudowa wiaduktów w miejscowości Rudniki był inny niż podany w ofercie, to i tak wykazana doświadczenie pana G..... R..... jest wystarczające dla uznania spełniania wymagania co do 36 miesięcznego doświadczenia.

Podsumowując, Pan G..... R..... wykazał, iż posiada wymagane 36 miesięczne doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika budowy lub Kierownika robót na zadaniach związanych z przebudową lub budową linii kolejowej zelektryfikowanej.

Nie zasługuje na uznanie zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Zdaniem Izby wykonawca w sposób wystarczający udowodnił zamawiającemu, że udostępnione mu na podstawie zobowiązania z dnia 4 kwietnia 2014 roku zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostaną wykorzystane w trakcie realizacji zamówienia w sposób realny. W treści tego zobowiązania Drog-Bud Sp. z o.o. zobowiązuje się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, wskazując, że przekazanie tych zasobów nastąpi „poprzez uczestnictwo Drog-Bud Sp. z o.o. w części realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa w zakresie wykonania podbudowy”. Jednocześnie podwykonawca zobowiązał się, w przypadku wyboru oferty Banimex Sp. z o.o., do zawarcia umowy podwykonawczej.

Zdaniem Izby udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez uczestnictwo podmiotu udostępniającego w realizacji części zadania w charakterze podwykonawcy w zakresie wykonania podbudowy, która jest elementem technicznie istotnym dla całego zamówienia, sprawia że udostępnienie to ma charakter realny. Nie zasługuje na uznanie stanowisko odwołującego, że z uwagi na to, iż sam wykonawca nie posiada wymaganego doświadczenia a przedmiot zamówienia ma charakter skomplikowany, udział podmiotu udostępniającego w realizacji zadania w zakresie wykonania podbudowy, jest niewystarczający. Przyjęcie za słusznym twierdzenia odwołującego, iż koniecznym jest w tym przypadku szerszy udział podmiotu udostępniającego w realizację zamówienia, prowadziłby w efekcie do przyjęcia, że całość zadania winna być wykonana przez podmiot udostępniający zasoby a nie wykonawcę.

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 1, § 3 i § 5 ust.3 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: