

POSTANOWIENIE
z dnia 5 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**
Emil Kuriata
Honorata Łopianowska
Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2015 r. przez wykonawcę: **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Opracowanie projektów budowlanych i wykonawczych oraz realizacja robót LOT-ów: C, D, E w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POiŚ 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 w dniu 20 października 2015 r. pod numerem 2015/S 203-367933.

Wykonawca: BUDIMEX S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu nieprawidłowego sformułowania w treści ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania jego oceny w zakresie dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w którym Zamawiający określił wymogi odnośnie sprzętu przeznaczanego do wykonania robót, w myśl którego wykonawcy powinni wykazać dostępność do określonych maszyn i urządzeń technicznych posiadających świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Zaskarżonej czynności zarzucił naruszenie:

1. art. 48 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 22 ust. 4 i art. 22 ust. 5 zd. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, co przejawia się w żądaniu wykazania się przez Wykonawcę dysponowaniem urządzeniami posiadającymi świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Prezesa UTK, podczas gdy w przypadku wykonywania robót przy użyciu pojazdów specjalnych wyłącznie na torze zamkniętym, uzyskanie takich świadectw nie jest wymagane, a ich wydanie wychodzi poza zakres uprawnień Prezesa UTK,
2. art. 48 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w zakresie potencjału technicznego Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, przejawiające się w żądaniu wykazania się dysponowaniem urządzeniami posiadającymi określone świadectwa dopuszczenia do eksploatacji już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co ma charakter dyskryminacyjny, zwłaszcza wobec wykonawców, którzy nie wykonywali dotychczas na terenie Polski tego typu robót a posiadają odpowiednie urządzenia i maszyny dopuszczone do eksploatacji w innym kraju UE, co narusza zasadę zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie zapisów, z których wynika obowiązek wykazania przez wykonawców posiadania w odniesieniu do określonych w ogłoszeniu maszyn i urządzeń technicznych świadectw dopuszczenia do eksploatacji wydanych przez Prezesa UTK i wprowadzenie do treści ogłoszenia zapisu, z którego wynikać będzie, że Zamawiający uzna za w pełni wystarczające wykazanie się przez wykonawcę posiadaniem odpowiednich dokumentów potwierdzających, zgodnie z obowiązującymi przepisami, dopuszczenie do eksploatacji stosowanych przez wykonawcę urządzeń i maszyn, na dzień zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pkt III.2.3 pkt IV b ogłoszenia o zamówieniu w wersji zmienionej ogłoszeniem z dnia 19 października 2015 r. Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w tym wykazania dostępności do wymienionych narzędzi, maszyn i urządzeń technicznych, przy czym „W/w maszyny i urządzenia techniczne muszą posiadać świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego”.

Odwołujący podniósł, że w świetle art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz 22 ust. 4 Pzp Zamawiający nie powinien formułować warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmiernie wygórowany, stawiając potencjalnym wykonawcom nieuzasadnione, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, wymagania, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Jednocześnie, w myśl art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W świetle powyższego jest również rzeczą oczywistą, że Zamawiający obowiązany jest formułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby były one obiektywnie możliwe do spełnienia oraz zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Te zasady zostały jednak przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu naruszone.

Biorąc pod uwagę rodzaj prac niezbędnych do przeprowadzenia w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, oraz fakt, że roboty te prowadzone będą na zamkniętym torze. w świetle obowiązujących przepisów prawa brak jest uzasadnienia dla formułowania przez Zamawiającego wymogu dysponowania świadectwami wydanymi przez Prezesa UTK w odniesieniu do urządzeń stosowanych przez wykonawców. Roboty budowlane prowadzone w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia przeprowadzane będą na zamkniętym torze. W takim przypadku w odniesieniu do maszyn poruszających się po torze w celu wykonywania prac remontowych nie stosuje się takich samych wymogów, jak do pojazdów przemieszczających się po torach otwartych, co potwierdza stanowisko Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w sprawie pojazdów dwudrogowych, opublikowanym w dniu 23 lipca

2015 r. na stronie internetowej Urzędu. Ze stanowiska Prezesa UTK wynika jasno, że nie wydaje on świadectw dopuszczenia do eksploatacji (typu) w odniesieniu do pojazdów specjalnych, które poruszać się mają po zamkniętym torze, a co więcej, w przypadku takich pojazdów w ogóle nie można mówić o obowiązku uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji. Skoro więc w przypadku pojazdów przemieszczających się podczas remontu po zamkniętym torze zastosowanie znajdują inne zasady, niż w przypadku ruchu pojazdów po torze otwartym dla ruchu pociągów, kwestionowany w niniejszym odwołaniu warunek, nakazujący wykonawcom wykazanie posiadania świadectw UTK na samym początku postępowania jawi się jako niemożliwy do spełnienia. Co najmniej uznać zaś go należy za nadmiernie wygórowany i dyskryminacyjny, z uwagi na fakt, że na torze zamkniętym zgodnie z prawem pracować mogą urządzenia/pojazdy specjalne, w stosunku do których żądanych przez Zamawiającego świadectw UTK nie wydano.

Odwołujący wskazał także, że sformułowanie przez Zamawiającego sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego ma ponadto charakter dyskryminacyjny, co również narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasady wynikające ze wskazanych wyżej przepisów Pzp i konstruując opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawił wykonawcom, w zakresie wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, warunki w sposób nieuzasadniony rygorystyczne, a przy tym - w odniesieniu do wielu wykonawców - niemożliwe do spełnienia przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z uwagi na długość procedur związanych z uzyskaniem wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów/świadectw dopuszczenia do eksploatacji, biorąc pod uwagę minimalne terminy na rozpatrywanie spraw dotyczących wydania decyzji w zakresie dopuszczenia pojazdów kolejowych do eksploatacji.

Sformułowany przez Zamawiającego warunek sprawia, że z postępowania o udzielenie zamówienia w rzeczywistości eliminowane są te podmioty, które dotychczas nie musiały ubiegać się o uzyskanie świadectwa UTK na terenie Polski i takim świadectwem aktualnie nie dysponują. Takie skonstruowanie kwestionowanego warunku w zasadzie wyklucza możliwość złożenia w niniejszym postępowaniu wniosków przez podmioty zagraniczne, choćby najbardziej wyspecjalizowane w realizacji podobnych zamówień. Nie będą one bowiem mogły uzyskać na czas wymaganych przez Zamawiającego świadectw dopuszczenia do eksploatacji wydanych przez Prezesa UTK.

Odwołujący podkreślił, że kwestionowany zapis dotyczy wymogu, który z uwagi na charakter zamówienia, w tym charakter prac będących jego przedmiotem, jest całkowicie niezasadny na etapie wcześniejszym niż rzeczywiste przystąpienie do realizacji prac przez

wybranego wykonawcę. Żadne racjonalne powody nie przemawiają za tym, aby już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy musieli posiadać wskazane świadectwa UTK (niezależnie od faktu, że w przypadku sprzętu do prac na zamkniętym torze uzyskanie takich świadectw jest niemożliwe, o czym była mowa wyżej). Całkowicie wystarczające byłoby w tej sytuacji postawienie wymogu, że wykonawca będzie musiał wykazać się posiadaniem odpowiednich dokumentów na etapie zawarcia umowy czy też przystąpienia do realizacji prac z wykorzystaniem stosownego sprzętu, zwłaszcza jeśli uwzględni się okoliczność, iż niniejsze postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego.

Wymogi Zamawiającego, nakazujące posiadanie wskazanych świadectw już na samym początku procedury zamówieniowej należy uznać za zbyt wygórowane i nieproporcjonalne. W dodatku, biorąc pod uwagę fakt, że świadectwa UTK nie są wydawane szerokiemu kręgowi podmiotów, można wskazać, że w ten sposób Zamawiający konstruuje warunek stawiający w znacznie lepszej sytuacji te podmioty, które już o takie zaświadczenie się ubiegały na terenie Polski, co jednak w żaden sposób nie przekłada się na zakres doświadczenia potencjalnych wykonawców czy ich zdolność do prawidłowego zrealizowania niniejszego zamówienia.

Odwołujący zauważył, że w celu zapewnienia sobie dostępu do sprzętu posiadającego wymagane przez Zamawiającego świadectwa, nie będzie wystarczające poleganie w tym zakresie na potencjale technicznym osób trzecich. Pozwoli to bowiem na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale nie pozwoli już na uzyskanie dodatkowych punktów w „rankingu” wykonawców tworzonego celem ustalenia, którzy wykonawcy zostaną zaproszeni do składania ofert, w sytuacji gdy zamawiający przewidział ograniczenie liczby wykonawców, którzy będą mogli zostać zaproszeni do złożenia ofert. Jak bowiem wynika z zapisów ogłoszenia o zamówieniu (IV. 1.2) pkt 1.5) wykonawcy będą przyznawane punkty za dysponowanie odpowiednim sprzętem i urządzeniami technicznymi tylko w sytuacji, gdy będzie dysponował nimi bezpośrednio.

Zamawiający w dniu 30 października 2015 r. zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej. Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni żaden wykonawca nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 4 listopada 2015 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 4 listopada 2015 r.), w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości. Zamawiający zapowiedział jednocześnie, że w związku z powyższym dokona stosownych czynności w postępowaniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego żaden wykonawca, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 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:

.....

.....