

Sygn. akt: KIO 2340/15

**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,**

przy udziale wykonawcy **Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-633 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2342/15 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Track Tec Construction Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2342/15 po stronie odwołującego

**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., z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na: „Realizację robót budowlanych w ramach Przetargu nr 2 - Modernizacja odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015-128544. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 20 października 2015 r.

BUDIMEX S.A., z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na 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.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 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 przez wykonawcę dysponowania 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,

1. 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 dysponowania urządzeniami posiadającymi określone świadectwa dopuszczenia do eksploatacji na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co ma charakter dyskryminacyjny, zwłaszcza w ujęciu 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.

Odwolujący 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 przez wykonawcę, na dzień zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, posiadaniem odpowiednich dokumentów potwierdzających, zgodnie z obowiązującymi przepisami, dopuszczenie do eksploatacji stosowanych przez wykonawcę urządzeń i maszyn.

W pkt III.2.3 pkt IV b ogłoszenia o zamówieniu w wersji zmienionej ogłoszeniem z dnia 20 października 2015 r. Zamawiający wskazał, że wymagane jest wykazanie przez wykonawcę dostępności do wymienionych narzędzi, maszyn i urządzeń technicznych, przy czym „Maszyny i urządzenia techniczne wymienione w pkt 1 + 5, 8 oraz 11+14 muszą posiadać świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.”

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. Zgodnie zaś z 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 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 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, 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, a to 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 ponadto, 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 postępowaniu. Zamawiający 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 certyfikatów/świadectw dopuszczenia do eksploatacji.

Sformułowanie przez Zamawiającego kwestionowanego zapisu w ogłoszeniu o zamówieniu 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. Skoro bowiem wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składane mają być w terminie do 24 listopada 2015 r. (informacja ze stron internetowej Zamawiającego), to różnica między datą publikacji ogłoszenia a terminem składania wniosku wynosi zaledwie 1 miesiąc, co jest stanowczo zbyt krótkim terminem na uzyskanie stosownego zaświadczenia. Wskazać można przy tym, że w praktyce postępowania w sprawie uzyskania zaświadczeń znacznie przekraczają wskazane w u.t.k. terminy „ramowe”, na co wpływ ma nierzadko konieczność przedstawienia przez wnioskodawcę dodatkowych dokumentów czy wyników badań, żądanych przez organ.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie powinno budzić wątpliwości, że określone przez Zamawiającego ramy czasowe na przedstawienie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji UTK stanowią barierę uniemożliwiającą wzięcie udziału w niniejszym postępowaniu podmiotów, które, choć dysponują stosownym sprzętem, wiedzą i doświadczeniem, nie będą

jednak w stanie w odpowiednim terminie przejść procedury uzyskania żadanego przez Zamawiającego świadectwa UTK.

W szczególności Odwołujący wskazał na fakt, że 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 postawionego przez Zamawiającego 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.

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 po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 4 listopada 2015 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

odpowieź na odwołanie (pismo z dnia 4 listopada 2015 r.), w której oświadczył, że uwzględni 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:** .....

.....

.....