

WYROK

z dnia 13 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Ewa Rzońca
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 roku przez **KZA Zielonka Invest Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawską Kolej Dojazdową Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **KZA Zielonka Invest Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KZA Zielonka Invest Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) 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 – Warszawska Kolej Dojazdowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę utrzymania i diagnostyki urządzeń sterowania ruchem kolejowym linii kolejowej zarządzanej przez Warszawską Kolej Dojazdową Sp. z o.o.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 1 lipca 2011 roku wykonawca KZA Zielonka Invest Sp. z o.o. (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

1. Dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia warunków określonych w SIWZ, a tym samym postępowanie sprzeczne z treścią art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp;
2. Dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy;
3. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie;
4. Złamanie naczelnej zasady udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażone w treści art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;

W ocenie odwołującego się powyższe czynności stanowią naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 4, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Mając na względzie powyższe odwołujący się wniósł o:

1. Nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Obciążenie kosztami postępowania zamawiającego;

Zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy PHU „ELESTER-PKP” sp. z o.o. winna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ, natomiast wykonawca ten, jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu winien zostać wykluczony.

Zgodnie z pkt. 3.3. oraz 3.4 SIWZ oraz załącznikiem nr 4 do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”, przedmiot zamówienia obejmuje realizację usług: utrzymania, obsługi technicznej i diagnostycznej urządzeń sterowania ruchem kolejowym linii kolejowej zarządzanej przez Warszawską Kolej Dojazdową sp. z o.o. Integralną częścią SIWZ są instrukcje techniczne WKD, w tym również instrukcja WKD A-6, zgodnie z którą poprzez utrzymanie rozumie się: w ramach eksploatacji, zespół wszystkich działań technicznych i organizacyjnych mających na celu zachowanie struktury urządzeń srk w stanie umożliwiającym wypełnianie wymaganych funkcji zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym; utrzymanie obejmuje obsługę techniczną, obsługę diagnostyczną oraz remonty urządzeń srk (instrukcja WKD A-6 § 2 ust.1 pkt 4) . W treści pkt. 5.1 lit.b SIWZ określono uwarunkowania dotyczące wymaganego doświadczenia i zdolności technicznych, które winni spełnić wykonawcy. Tym samym wykonawca, aby mógł skutecznie brać udział w Postępowaniu winien jest wykazać, iż wykonywał lub wykonuje w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej jedną usługę utrzymania urządzeń srk w sposób ciągły przez okres 12 miesięcy na jednym obiekcie kolejowym: z urządzeniami stacyjnymi przekaźnikowymi, blokadą liniową oraz samoczynną sygnalizacją przejazdową. Warunek będzie spełniony, gdy realizacja usług odbyła się/odbywa się na obiekcie kolejowym wyposażonym we wszystkie ww. urządzenia tj. stacyjne, przekaźnikowe, blokadę liniową oraz samoczynną sygnalizację przejazdową.

Dokumenty przedstawione przez PHU ELESTER-PKP sp. z o.o. w postaci listu referencyjnego z dnia 22.01.2009r. nr WKD 10b-073-16/2009 wystawionego przez WKD sp. z o.o. (K. 11 oferty) oraz listu referencyjnego z dnia 16.06.2011r. nr 1050-2-2011/rok wystawionego przez PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach, Sekcja Eksploatacji Racibórz (K.13 oferty) zdaniem odwołującego nie spełniają warunków SIWZ.

Odwołujący się zauważył, że zarówno w zakresie usług wykazanych w ramach Załącznika nr 6 do oferty, jak i dołączonych listów referencyjnych nr WKD I Ob-073-16/2009 i Nr 1050-2-2011/rok, wykonawca nie wykazał wykonania przez siebie usług, których wykonanie należało poświadczyć w ramach spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w postępowaniu. Dokument wystawiony przez PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach dotyczy usługi serwisowania w ramach okresu gwarancyjnego w tym usuwania usterek. Użycie sformułowania „utrzymanie w sprawności urządzeń srk” należy w tym zakresie rozróżnić z przytoczoną powyżej definicją „utrzymania” wynikającą z dokumentacji przetargowej. W

ramach wskazanego dokumentu, wyraźnie wskazano, iż usługi utrzymania w sprawności urządzeń srk, realizowane przez Wykonawcę „PHU ELESTER-PKP” sp. z o.o. dotyczą jedynie usuwania usterek. Dokument ten pomija istotne kryteria pozwalające zaliczyć wspomnianą usługę, jako utrzymanie w rozumieniu zapisów § 2 ust. 4 wspomnianej instrukcji WKD A-6. Podkreślenia wymaga również doraźny (a nie ciągły jak tego wymaga SIWZ) charakter wykonywanych przez Wykonawcę „PHU ELESTER-PKP” usług gwarancyjnych. Należy bowiem uznać, iż realizacja usług wskazanych w treści wskazanego dokumentu ograniczała się, nie do działań usystematyzowanych na podstawie obowiązujących w tym zakresie wewnętrznych instrukcji PKP PLK S.A i WKD, a jedynie do przywrócenia sprawności eksploatacyjnej urządzeń srk w razie zaistnienia takiej konieczności wynikającej z wady urządzenia.

Brak jest w ofercie wykonawcy „PHU ELESTER-PKP” sp. z o.o. poświadczenia, iż zakresem wykonywanych usług objęte były również inne działania techniczne i organizacyjne - w tym obsługa techniczna i diagnostyczna urządzeń, tak, aby usługi, które wykonywał, można byłoby zaklasyfikować, jako utrzymanie urządzeń srk. Dokument w postaci listu referencyjnego z dnia 22 stycznia 2009 roku nr WKD 10b-073-16/2009 wskazuje jedynie na wykonywaną usługę serwisową. Usługi wskazane w treści dokumentu polegają nadto na wykonywaniu prac związanych z konserwacją i serwisem urządzeń zdalnego sterowania w systemie BUSZ. Urządzenia te stanowią odmienny typ urządzeń, eksploatowanych i utrzymywanych w inny sposób, aniżeli wskazane w warunkach SIWZ urządzenia stacyjne przekaźnikowe, blokady liniowe oraz samoczynne sygnalizacje przejazdowe.

Warunek określony w pkt. 5 ust. 1 SIWZ zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, iż realizował usługi na obiekcie kolejowym wyposażonym w urządzenia określone w pkt. 1-2 i 5. (urządzenia stacyjne, przekaźnikowe, blokadę liniową, samoczynną sygnalizację przejazdową). Tym samym wskazanie przez Wykonawcę PHU „ELESTER-PKP” sp. z o.o. wykonywania prac związanych ze „stałą konserwacją i całodobowym serwisem urządzeń zdalnego sterowania w systemie BUSZ obiektami zasilania elektrotrakcyjnego” i „całodobowym serwisem urządzeń zabezpieczenia ruchu” nie spełnia tego warunku. W oparciu o przedstawiony list referencyjny z dnia 22.01.2009r. WKD10b-073-16/2009 Wykonawca PHU „ELESTER-PKP” sp. z o.o. wykazał jedynie posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji usług na obiekcie wyposażonym w urządzenia wskazane w pkt. 4, co nie stanowi wypełnienia warunków zawartych w SIWZ.

Wspomniane wyżej urządzenia srk wymagają spełnienia odrębnych wymagań bezpieczeństwa, ich utrzymanie wynika z odmiennych zasad postępowania wynikających z regulacji WKD zawartych m.in. w instrukcjach:

- WKD A-3 „Instrukcja zasad eksploatacji i prowadzenia robót w urządzeniach sterowania ruchem kolejowym ”,
- WKD A-4 „ Wytyczne odbioru technicznego oraz przekazywania do eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym”,
- WKD A-5 „Instrukcja obsługi przekaźnikowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym”
- WKD A-6 „Instrukcja konserwacji i przeglądów urządzeń sterowania ruchem kolejowym”
- WKD A-10 „Instrukcja diagnostyki technicznej urządzeń sterowania ruchem kolejowym”.

Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku usług realizowanych przez wykonawcę „PHU ELESTER-PKP” sp. z o.o. na obiekcie kolejowym stacji Rydlutowy-linia nr 140. Z uwagi na brak wykazania realizacji obsługi technicznej i diagnostycznej, wykazane doświadczenie również nie spełnia warunku *sine qua non* udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu wymaganej wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp).

Odwołującemu znane jest stanowisko Biura Automatyki i Telekomunikacji PKP PLK S.A. (komórki nadrzędnej nad Zakładem Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach), z którego wynika, iż w opinii Dyrektora Biura mgr. inż. Radosława R., obsługa diagnostyczna nie powinna podlegać umowie z wykonawcami zewnętrznymi. Zdaniem tej osoby zadania diagnostyczne winny pozostać w strukturach PKP PLK S.A. Poddaje to pod wątpliwość, aby Wykonawca PPHU „ELESTER-PKP” sp. z o.o. mógł wykazać się doświadczeniem w obsłudze diagnostycznej na podstawie listu referencyjnego wystawionego przez jakiegokolwiek organy podległe strukturom PKP PLK S.A.

Odwołujący podniósł nadto, iż Wykaz Usług stanowiący Załącznik nr 6 do Oferty zawiera dane niezgodne z prawdą. Prace, które miałyby być wykonywane przez wykonawcę PHU ELESTER-PKP sp. z o.o. polegające na całodobowym serwisie urządzeń zabezpieczenia ruchu nie mogły być przez niego wykonywane, bowiem w okresie od 2009 r. do chwili obecnej, przedmiotowy zakres prac był objęty zakresem umów obowiązujących pomiędzy odwołującym a zamawiającym WKD. Odwołującemu znany jest również fakt, iż w okresie poprzedzającym obowiązywanie umów dotyczących utrzymania urządzeń srk usługa utrzymania urządzeń srk (usługa techniczna i diagnostyczna) wykonywana była przez własny personel WKD.

Odwołujący poddał pod wątpliwość także podstawy żądania przez zamawiającego uzupełnienia dokumentacji stanowiącej część oferty, dokonanego w dniu 20.06.2011 r. na

podst. art. 26 ust. 3 ustawy. Zdaniem odwołującego brak jest podstaw żądania dokonania uzupełnienia dokumentacji w tym trybie. Zdaniem Odwołującego, SIWZ w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest dostatecznie zrozumiałe i nie wymaga interpretacji. W tym zakresie żadna ze stron postępowania nie zgłaszała uwag. Przekonanie wykonawcy PHU „ELESTER-PKP” sp. z o.o. o tym, iż osoby, o których mowa ust. 5 lit.4 SIWZ mogą występować w podwójnej roli jest w tej sytuacji nieusprawiedliwione. Zdaniem odwołującego, zakres dokonanej zmiany polegającej na uzupełnieniu wykazu osób, poprzez dopisanie osoby Pana Pawła Roberta R., był bezprawny i nieuzasadniony. W świetle powyższego, dokooptowanie osoby powinno mieć wpływ na kalkulację kosztów związanych z realizacją usługi przez tego wykonawcę, a tym samym zmianę oferty w zakresie ceny.

Odwołujący poddał pod wątpliwość treść złożonego oświadczenia „Zobowiązanie do oddania do oddania do dyspozycji wykonawcy osoby do wykonania określonych prac” z dnia 16 czerwca 2011 r. Zgodnie z treścią tego oświadczenia, Pan Robert Paweł R. oświadczył, iż zobowiązuje się być do dyspozycji firmy „ELESTER-PKP” sp. z o.o. Złożone przez niego pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zawiera natomiast informacji o sposobie i zakresie udzielenia potencjału, którym dysponuje tj. w jakim charakterze ta osoba będzie występowała - jako podwykonawca, doradca, konsultant, czy też jak wskazano w treści Załącznika nr 5 w brzmieniu po uzupełnieniu - kierownik robót. W oparciu o powyższe, odwołujący oświadcza, iż niezależnie od argumentu o niedopuszczalności dokonania tego typu zmiany w treści załącznika należałoby podnieść, iż przedstawione pisemne oświadczenie Pana Roberta Pawła R. jest nieprecyzyjne w zakresie, w jakim jego potencjał ma zostać wykorzystany przez wykonawcę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5 ppkt 5.1 lit. b wykonawcy biorący udział w postępowaniu na potwierdzenie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia winni byli wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej jednej usługi utrzymania urządzeń sterowania ruchem kolejowym w sposób ciągły przez okres 12 miesięcy na jednym obiekcie kolejowym: z urządzeniami stacyjnymi, przekaźnikowymi, blokadą liniową oraz samoczynną sygnalizacją przejazdową. Warunek zostanie spełniony, gdy realizacja usługi odbyła się/odbywa się na obiekcie kolejowym wyposażonym we wszystkie ww. urządzenia, tj. stacyjne, przekaźnikowe, blokadę liniową oraz samoczynną sygnalizację przejazdową.

Wykonawca ELESTER-PKP Sp. z o.o. w złożonym wykazie usług wskazał usługę wykonywaną na rzecz Warszawskiej Kolei Dojazdowej Sp. z o.o. oraz PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach. Na potwierdzenie należytego wykonania usług wykonawca złożył dwa listy referencyjne, spośród których zamawiający uwzględnił jedynie ten, który dotyczył usług wykonywanych na rzecz PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach.

Izba przeanalizowała treść złożonego listu referencyjnego i stwierdziła, że wynika z niego, iż wykonawca ELESTER PKP Sp. z o.o. wykonuje w ramach 3 letniego okresu gwarancyjnego całodobową usługę serwisowania oraz utrzymania w sprawności urządzeń srk (usuwania usterek) na obiekcie kolejowym stacji Rydułtowy – linia nr 140 wyposażonym w stacyjne urządzenia przekaźnikowe z pulpitem komputerowym, blokady liniowe oraz przejazd kolejowy.

W ocenie Izby wykazana usługa oraz list referencyjny potwierdzają fakt spełniania przez wykonawcę ELESTER PKP Sp. z o.o. warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający opisując warunek nie wskazał, co w przypadku opisywanego warunku należy rozumieć poprzez usługę utrzymania urządzeń. Legalnej definicji tego pojęcia nie zawierają również powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Definicje „utrzymania” znajdują się co prawda w instrukcjach technicznych WKD, będących załącznikami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niemniej jednak instrukcje te nie są wewnętrznymi aktami zamawiającego i nie należą do aktów prawnych

powszechnie obowiązujących. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołuje się do tych instrukcji jedynie przy opisie przedmiotu zamówienia stwierdzając w pkt 3 ppkt 3.4 SIWZ, że szczegółowy zakres zamówienia przedstawia Załącznik Nr 4 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz instrukcje techniczne WKD, w tym szczególnie: WKD A-3, WKD A-4, WKD A-5, WKD A-6, WKD A-10, będące elementem treści SIWZ. W żadnym miejscu SIWZ nie ma informacji o tym, że zakres usługi, która ma być wykazana na dowód potwierdzenia spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia musi odpowiadać definicjom zawartym w instrukcjach.

Izba zwraca uwagę, że warunki, spełnienie których umożliwia wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie wymagają, by warunki te ściśle odpowiadały przedmiotowi zamówienia. Oznacza to, że usługa, której wykonanie (wykonywanie) należy wykazać jako spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie musi być tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia. Jak to już wyżej wskazano – ma ona być jedynie związana z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalna.

Skoro zatem ze złożonego przez wykonawcę ELESTER PKP Sp. z o.o. listu referencyjnego wystawiony przez PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach wynika, iż wykonawca wykonuje usługę utrzymania w sprawności urządzeń srk brak jest podstaw do stwierdzenia, że zakres tej usługi nie odpowiada postawionemu warunkowi.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że nawet przy założeniu, że usługa utrzymania winna obejmować usługi diagnostyczne, odwołujący się nie udowodnił, że usługa wykonywana na rzecz PKP PLK S.A. usług diagnostycznych nie obejmowała. To na odwołującym się – zgodnie z art. 6 K.c. mającym zastosowanie do postępowań o zamówienie publiczne na podstawie art. 14 ustawy Pzp – ciążył obowiązek udowodnienia faktu, z którego wywodził skutki prawne. Odwołujący się ograniczył się do głośownego stwierdzenia, iż zgodnie ze stanowiskiem Dyrektora Biura Automatyki i Telekomunikacji PKP PLK S.A. obsługa diagnostyczna nie powinna podlegać umowie z wykonawcami zewnętrznymi, niemniej jednak na tę okoliczność nie został przedłożony ani jeden dowód.

Rozpoznając zarzut dotyczący osoby Pana Roberta R. w ocenie Izby nie było potrzeby wzywania wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z pkt. 5 ppkt 5.1 lit. c wykonawcy biorący udział w postępowaniu winni byli wykazać, że dysponują:

- jedną osobą z uprawnieniami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: stacja, węzeł, linia i bocznicą kolejową oraz urządzenia sterowania i zabezpieczenia ruchu kolejowego;

- automatycy urządzeń sterowania ruchem kolejowym (minimum 5 osób).

Żadne z postanowień SIWZ nie zakazywało łączenia funkcji kierownika robót z funkcją automatyka. Wykonawca ELESTER w złożonym wykazie wskazał Pana Andrzeja Więclewskiego jako kierownika robót i automatyka oraz cztery inne osoby mające wykonywać funkcje automatyka. Mimo to zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu, w związku z czym wykonawca w uzupełnionym wykazie dodatkowo wskazał Pana Roberta R. jako kierownika robót. Jednocześnie wraz z uzupełnionym wykazem zostało złożone zobowiązanie Pana Roberta R. do pozostawania w dyspozycji wykonawcy ELESTER PKP Sp. z o.o. dla potrzeb realizacji przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby zarówno uzupełniony wykaz jak i zobowiązanie Pana Roberta R. czynią zadość żądaniu zamawiającego zawartemu w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. Nietrafne są twierdzenia odwołującego się, iż zobowiązanie nie zawiera informacji o tym, w jakim charakterze osoba ta będzie występowała. Izba zwraca uwagę, że dokumenty złożone w wyniku wezwania, tj. wykaz osób oraz zobowiązanie należy czytać i interpretować łącznie. Informacja o tym, że Pan R. ma pełnić funkcję kierownika robót zawarta była w wykazie, co nie pozostawia wątpliwości co do charakteru, w jakim Pan R. ma być zatrudniony.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....