

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTEL A. S., ul. Sportowa 17, 69-100 Słubice w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych we Wrocławiu, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław,

przy udziale wykonawcy Raj - Inwest sp. z o.o., ul. Grzybowa 14, 44-200 Rybnik, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTEL A. S., ul. Sportowa 17, 69-100 Słubice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTEL A. S., ul. Sportowa 17, 69-100 Słubice 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 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie nowych pasów przeciwpożarowych wraz z wycinką drzew i krzewów na terenie Zakładu Linii Kolejowych we Wrocławiu na wytypowanych liniach kolejowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19.05.2018r. pod poz. 2018/ S 095-217346. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej Pzp.

W dniu 6 sierpnia 2018r. Odwołujący - A. S., prowadzący działalność gospodarczą

pod nazwą ARTEL A. S. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, tj. Raj-Inwest sp. z o. o., pomimo nie wykazania przez tego Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu - posiadania wymaganej przez Zamawiającego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. tego, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu 4 metrowych pasów przeciwpożarowych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 7 sierpnia 2008 r. zlokalizowanych wzdłuż linii kolejowych w ilości co najmniej 60 km (pkt 8.1.3.1.1. SIWZ).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności oceny ofert;
2. wykluczenia wykonawcy Raj-Inwest sp. z o.o. z postępowania;
3. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

oraz obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego i o zaliczenia w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18.600 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zakwestionował, aby spółka Raj-Invest wykazała się posiadaniem doświadczenia, podnosząc, że realizowana przez w/w wykonawcę umowa w przedmiocie mineralizacji i wykonania pasów przeciwpożarowych na terenie Sekcji Herby Nowe nie polegała na wykonaniu nowych pasów przeciwpożarowych o szerokości 4 metrów.

Odwołujący powołał treść § 9 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie wymagań w zakresie odległości i warunków dopuszczających usytuowanie drzew i krzewów, elementów ochrony akustycznej i wykonywania robót ziemnych w sąsiedztwie linii kolejowej, a także sposobu urządzania i utrzymywania zastłon odśnieżnych oraz pasów przeciwpożarowych z dnia 7 sierpnia 2008 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 1227), z którego wynika, że usługa polegająca na wykonaniu nowych pasów przeciwpożarowych powinna polegać na wykonaniu bruzdy o szerokości 4 metrów biegnącej równolegle do linii kolejowej usytuowanej w odległości od 2 m do 5 m, oczyszczonej z wszelkiej roślinności do warstwy mineralnej, a na gruntach torfiastych - posypanej warstwą piasku o grubości od 0,01 m do 0,02 m. Tymczasem prace realizowane przez A. S.(2), na którego zasoby powołuje się Raj-Inwest na terenie Sekcji Herby Nowe nie polegały na realizacji w/w czynności, a jedynie na mineralizacji istniejącego pasa przeciwpożarowego o szerokości 2 metrów oraz na poszerzeniu tego pasa do 4 metrów, poprzez wykonanie obok nowego pasa o szerokości 2 metrów. Praca ta nie mogła być uznana za tożsamą z wykonaniem nowego pasa przeciwpożarowego o szerokości 4 metrów - jak sugeruje Pan A. S.(2) - zgodnie z w/w Rozporządzeniem, albowiem wykonawca nie musiał w tym przypadku oczyścić terenu z roślinności oraz nie musiał odmierzyć wymaganej równoległej odległości od linii kolejowej. Ponadto należy zwrócić uwagę, że mineralizacja 2 metrowego pasa przeciwpożarowego polegała tylko i wyłącznie na oczyszczeniu już istniejącego pasa z łatwopalnych materiałów poprzez wyoranie pługiem zaczepionym do ciągnika. Natomiast poszerzenie tego 2 metrowego pasa o kolejne 2 metry, poprzez wykonanie w tym zakresie prac faktycznie polegających na wykonaniu pasa od podstaw, również wiązało się z mniejszym zakresem czynności, jak chociażby zwalniało wykonawcę z obowiązku wymierzenia pasa w terenie. W takim przypadku można więc było co najwyżej uznać, że wykonawca wykonał co najwyżej od podstaw pas przeciwpożarowy o długości 35 lub 74.005 km, ale nie o szerokości 4 metrów, a tylko wyłącznie o szerokości 2 metrów, co nie spełniało wymagań stawianych w SIWZ.

W konsekwencji Zamawiający powinien był wykluczyć spółkę Raj-Invest z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, jako że wykonawca ten przedkładał swoją ofertę oraz referencje o wskazanej powyżej niewystarczającej treści nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W pkt 8.1.3 SIWZ Zamawiający w ramach warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej pozwalającej na realizację zamówienia wymagał wykazania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy - w tym okresie, że wykonawca wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na:

1. wykonaniu 4 metrowych pasów przeciwpożarowych zgodnie z Rozporządzeniem

Ministra Infrastruktury z dnia 7 sierpnia 2008r. zlokalizowanych wzdłuż linii kolejowych w ilości co najmniej 60km w okresie ostatnich trzech lat,

2. wycince drzew w ilości co najmniej 10 000 szt. w okresie ostatnich trzech lat.

Wykonane usługi muszą być potwierdzone referencjami, wydanymi przez zamawiającego, na rzecz którego były wykonane.

Celem potwierdzenia powyższego wymagania wykonawca Raj - Inwest sp. z o.o. załączył wykaz wykonanych usług, gdzie podał 5 realizacji. W pkt 5 tego wykazu podano realizację wykonaną przez A. S.(2) na rzecz PKP PLK S.A. ZLK w Tarnowskich Górach polegającą na wykonaniu wycinki 74 908ha krzewów wraz z utylizacją, wykonanie wycinki drzew w ilości 16 029 szt. oraz wykonanie mineralizacji pasów przeciwpożarowych o szerokości 4m - o powierzchni 14 801 ha oraz utworzenie nowego pasa przeciwpożarowego o szerokości 4m - o pow. 14 801 ha na terenie Sekcji Herby Nowe, około 35km. Załączono zobowiązanie podmiotu trzeciego A. S.(2), w którym podmiot trzeci udostępnia zasoby ludzkie i udziela wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu umowy z PKP PLK ZLK Tarnowskie Góry na podstawie umowy nr 44/208/0031/17/Z/O dotyczące wykonania wycinki 74 908 ha krzewów wraz z utylizacją, wycinki drzew w ilości 16029szt wraz z mineralizacją pasów p.poż. o szerokości 2m o pow. 14 801 oraz utworzeniem nowych pasów p.poż. 14 801 ha. W referencjach z dnia 29 listopada 2017r. załączonych do oferty wskazano m.in., że umowa obejmowała wycinkę 74 908 ha krzaków wraz z utylizacją, wycinkę drzew w ilości 16 029szt., mineralizację pasów przeciwpożarowych o szerokości 2m - powierzchnia 14 801 ha oraz utworzenie nowego pasa przeciwpożarowego o szerokości 2m - powierzchnia 14 801 ha. Zadanie wykonywane było na terenie Sekcji Eksploatacji Herby Nowe. Prace zostały wykonane z należytą starannością i zakończone w terminie. Do oferty załączono także oświadczenie A. S.(2), w którym potwierdził on z pełną odpowiedzialnością, że podczas realizacji umowy wykonał m.in. 14 801 ha - utworzenie nowego pasa p.poż. i 14 801ha- mineralizację pasów przeciwpożarowych. Efektem końcowym jest nowopowstały pas p.poż o szerokości 4m na areale 29 602ha, co daje 74 005km bieżących nowych pasów p. poż. o szerokości 4m.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwolujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego, kwestionowane w odwołaniu mogą pozbawić Odwołującego uzyskania zamówienia publicznego.

Istota sporu między stronami sprowadza się do tego czy wykonanie mineralizacji 2 m pasa p.poż. wraz z wykonaniem nowego pasa p.poż. o szerokości 2m, w efekcie których powstał 4 metrowy pas przeciwpożarowy spełnia wymagania Zamawiającego określone w pkt 8.1.3 SIWZ polegające na wykonaniu 4 metrowych pasów przeciwpożarowych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 7 sierpnia 2008r.

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem 4 metrowych pasów przeciwpożarowych, zgodnie z przywołanym wyżej rozporządzeniem, nie precyzując jednakże zakresu prac jakie mają być wykonane na tym pasie oraz tego czy 4 metrowy pas ma powstać w wyniku wykonania od podstaw całego pasa (pas nowy) czy też w wyniku poszerzenia istniejących dotychczas 2 metrowych pasów przeciwpożarowych. Samo stwierdzenie w warunku udziału w postępowaniu, że chodzi o wykonanie 4 metrowych

pasów przeciwpożarowych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 7 sierpnia 2008r. nie oznacza, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, że wymaganiem było wykonanie takich pasów od podstaw. Przywołane rozporządzenie nie określa zakresu prac, ale wskazuje podstawę prawną, z której wynika konieczność urządzenia 4metrowych pasów przeciwpożarowych. Zdaniem Izby istotnym dla oceny spełniania warunku zdolności technicznej był efekt końcowy w postaci wykonania 4 metrowego pasa przeciwpożarowego.

Wykonawca A. S.(2), na którego doświadczenie powołuje się Przystępujący Raj - Invest sp. z o.o., wykonał na rzecz PKP PLK S.A. Zakładu Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach

prace polegające na mineralizacji istniejącego 2m pasa p. pożarowego oraz utworzeniu nowego 2m pasa, który po połączeniu z istniejącym pasem utworzył 4m pas przeciwpożarowy. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że usługa wykonana przez A. S.(2) polegała wyłącznie na wykonaniu 2 metrowych pasów przeciwpożarowych.

Na istniejącym pasie 2m wykonawca wykonał szereg prac polegających na: wycince roślinności, usunięciu materiałów łatwopalnych, dokonaniu pomiarów, wyrównaniu terenu w celu połączenia obu pasów i jego mineralizacji i zakres tych prac jest zbliżony do zakresu prac wykonywanego w przypadku urządzenia 4 metrowego pasa od nowa. Przywołany przez Odwołującego § 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie wymagań w zakresie odległości i warunków dopuszczających usytuowanie drzew i krzewów, elementów ochrony akustycznej i wykonywania robót ziemnych w sąsiedztwie linii kolejowej, a także sposobu urządzania i utrzymywania zasłon odśnieżnych oraz pasów przeciwpożarowych z dnia 7 sierpnia 2008r. (Dz.U. z 2014, poz. 1227), nie określa zakresu prac jaki ma być wykonany w celu urządzenia pasów przeciwpożarowych, ale wskazuje na efekt końcowy jaki ma być uzyskany przez inwestora tj. pasy terenu winny być całkowicie oczyszczone z roślinności do warstwy mineralnej, a na gruntach torfiastych - posypane warstwą piasku. Taki efekt końcowy został osiągnięty w przypadku realizacji wykonanej przez A. S.(2) na terenie Zakładu Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach, bowiem przez połączenie 2m pasa istniejącego z nowopowstałym 2m pasem utworzono jeden 4 metrowy pas przeciwpożarowy. Oznacza to, że wykonawca wykonał 4 metrowy pas przeciwpożarowy.

Okoliczność, że intencją Zamawiającego, wyrażoną w opisie przedmiotu zamówienia oraz nazwie samego postępowania o zamówienie publiczne było wykonanie nowych 4 metrowych pasów p.poż od początku, na nowo, pozostaje bez znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak podkreśla się w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej warunek udziału w postępowaniu winien być adekwatny, ale nie tożsamy z przedmiotem zamówienia i samą treść warunku udziału w postępowaniu należy odróżnić od opisu przedmiotu zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji zdolności technicznych i wiarygodności wykonawcy i ma zagwarantować wybór wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania robót. Z tych też względów twierdzenia wyrażone w opinii dr inż. H. H., w których ekspert odwołuje się do opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu nie są zasadne. Zauważyć także należy, że spór dotyczy rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu i oceny jego spełnienia przez wykonawcę Raj - Inwest sp. z o.o. a rozstrzygnięcie tego sporu nie wymaga wiadomości specjalnych w postaci opinii ekspertów. Opinie dr inż. H. H., złożone przez Odwołującego, jako opinie prywatne złożone przez stronę postępowania zainteresowaną korzystnym dla niej rozstrzygnięciem Izba uznaje jako stanowisko strony w sprawie. Na marginesie wskazać należy, że w żadnej z opinii nie podano dziedzin w jakiej specjalizuje się ekspert wyrażający te opinie.

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. 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 ze zm.).

Przewodniczący: