

Sygn. akt: KIO 194/17

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Emil Kawa

Ewa Kisiel

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Vossloh Skamo sp. z o.o. w Nowych Skalmierzycach**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Track Tec S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Plastwil sp. z o.o. w Ujściu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Wytwórni Podkładów Strunobetonowych Strunbet sp. z o.o. w Bogumiłowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Vossloh Skamo sp. z o.o. w Nowych Skalmierzycach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Vossloh Skamo sp. z o.o. w Nowych Skalmierzycach 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 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa podkładów strunobetonowych dla zadania pn. wykonanie robót wyprzedzających na odcinku Słonice-Szczecin Dąbie od km 128,680 do km 195,170 w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 Poznań Główny – Szczecin Dąbie”.

W dniu 30 stycznia 2017 r. wykonawca Vossloh Skamo sp. z o.o. w Nowych Skalmierzycach, zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp przez stosowanie wymogu posiadania dopuszczeń własnych zamawiającego lub uznawanych przez zamawiającego, dla produktów dopuszczonych do stosowania na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie wobec treści wyjaśnień SIWZ, które zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 19 stycznia 2017 r. W uzasadnieniu podniósł, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) sporządzonej w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w pkt. 3 „Opis realizacji zamówienia” zawarł wymóg, by oferowane przez Wykonawcę produkty były także dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury, którym jest Zamawiający. W szczególności sformułował to w pkt. 3.1 i 3.3 (przed zmianą numer 2 SIWZ), w którym pomiędzy tiretami brak spójnika lub innego wyrażenia. W tym stanie rzeczy odwołujący wskazał, że powziął uzasadnione wątpliwości, czy zamawiający wymaga swojego własnego dopuszczenia (procedura SMS-PW-17 i inne) dla systemu przytwierdzenia - składnika interoperacyjności posiadającego deklarację zgodności WE. Argumentował, że w celu ich wyjaśnienia, w oparciu o unormowanie art. 38 ust. 1 Pzp, zadał w dniu 10.01.2017 pytanie: *„Czy w kontekście pisma Prezesa UTK skierowanego do PKP PLK nr DZTI-WI.070.10.2016.7.MS z 04.11.2016r., wskazującego na powstanie wątpliwości w stosunku do procedury SMS-PW-17, która podważa przepisy ustawy o transporcie kolejowym oraz ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U.2016 poz. 524 z późn. zm.) poprzez narzucanie obowiązku powtarzania oceny dokonanej w procedurze wydawania świadectw dopuszczenia do eksploatacji lub procedury oceny zgodności składnika interoperacyjności, dopuszczenie zgodnie z SMS PW-17 wymagane jest dla składników interoperacyjności posiadający Deklaracją zgodności WE dla składnika interoperacyjności.*

Odwołujący argumentował, że w dniu 19.01.2017r. zamawiający odpowiedział lakonicznie, że podtrzymuje zapisy SIWZ (pytanie 30). Odwołujący podniósł, że tym samym zamawiający wyjaśnił i zinterpretował w sposób wiążący postanowienia SIWZ. Odwołujący wywiódł, że z interpretacji tej wynika, że zamawiający bezwzględnie żąda by oferowane produkty były dopuszczone według jego własnych procedur, w szczególności SMS-PW-17, Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru Robót przyjętymi do stosowania w PKP PLK S.A., indywidualnymi Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru Producenta, uzgodnionymi lub zatwierdzonymi przez PKP PLK, „innymi uznanymi przez PKP PLK dokumentami odniesienia”. Odpowiedź oznacza, że zamawiający wyeliminował odwołującego z grona potencjalnych wykonawców, gdyż odwołujący posiada deklarację zgodności WE dla systemu przytwierdzenia, a nie posiada dopuszczeń według procedur zamawiającego. Taki sposób postępowania zamawiającego, tj. stosowanie wobec składnika interoperacyjności (systemu przytwierdzenia) posiadającego deklarację zgodności WE, a tym samym dopuszczonego do dostosowania na terenie państw Unii Europejskiej, wymogu by dodatkowo ponownie został on oceniony i dopuszczony przez zamawiającego i to według jego własnych procedur, jest naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 10 ust. 2 dyrektywy.

Odwołujący wywodził, że opisanego powyżej postępowanie zamawiającego, tj. wymaganie by produkty, które mocą powszechnie obowiązujących przepisów prawa polskiego i europejskiego mogą być stosowane we wszystkich państwach Unii Europejskiej, miały dodatkowe ponowne dopuszczenia i to dopuszczenia własne zamawiającego, tj. według jego procedur i wymogów, zdaniem odwołującego narusza te unormowania. Postępowanie zamawiającego nie tylko nie jest oparte na żadnej podstawie prawnej, ale także jest działaniem wbrew przepisom prawa krajowego i europejskiego. W oczywisty sposób oznacza to co najmniej „brak przejrzystości” w postępowaniu zamawiającego. Prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji poprzez wyeliminowanie podmiotu, którego wyroby są dopuszczone przepisami powszechnie obowiązującymi, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ poprzez rezygnację z wymogu dopuszczenia do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury PKP PLK S.A., wynikającego z procedury SMS -PW 17 i innych procedur zamawiającego lub uznawanych przez zamawiającego, wobec składnika interoperacyjności, posiadającego deklarację zgodności WE (pkt. 3.1, 3.3 - 3.6 siwz, po zmianie nr 2)

Na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: postanowień ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, modyfikacji SIWZ, wniosków i odpowiedzi zamawiającego na wnioski o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ, odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2016 r. Nr 2016/S 249-459013. W dniu 27 grudnia 2016 r. na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Rozdział 3 SIWZ, zatytułowany „opis realizacji zamówienia”, zawierał m.in. następujące postanowienia:

3.1. Szczegółowe wymagania techniczne. Oferowane przez Wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą być:

- *wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz*
- *dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A). Podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 (oznaczenia te należy rozumieć jako podkłady strunobetonowe typu PS-93 i PS-94 przystosowane do szyn typu 60E1), traktuje się jako równoważne w torach określonej klasy, wg zapisów w „Standardach Technicznych - szczegółowych warunkach technicznych dla modernizacji linii kolejowych do prędkości $V_{max} \leq 200$ km/h (dla taboru konwencjonalnego) / 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem)” przyjętych w PKP PLK S.A. w czerwcu 2010 roku, przy czym przedmiotem dostawy są wyłącznie podkłady jednego wybranego typu. Elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu.*

3.3. Oferowane przez Wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą:

- *spełniać wymagania dla składnika interoperacyjności określone w Rozporządzeniu Komisji (UE) NR 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014r. dotyczącego technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej (z późn. zm.),*
- *być dopuszczone do stosowania na sieci PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.*

3.4. Dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań określonych w pkt 3.3. IDW są łącznie:

a) w zakresie wymagań interoperacyjności – certyfikaty WE dla składników interoperacyjności (dla modułu CH oceny zgodności lub oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu określonych w TSI INF1299/2014 wymagań przez składniki interoperacyjności (dla modułu CA oceny zgodności),

b) w zakresie dopuszczenia do stosowania na sieci PKP PLK S.A. - dopuszczenie do stosowania wydane w trybie procedury SMS-PW-17 wraz z załącznikiem do dopuszczenia stanowiącym jego integralną część, z zastrzeżeniem pkt 3.5. i 3.6. IDW.

3.5. W przypadku elementów nawierzchni eksploatowanych na sieci PKP PLK S.A. w ramach normalnej eksploatacji, tj. poza poligonami/odcinkami badawczymi - przed dniem wejścia w życie nowelizacji procedury SMS, tj. przed 27.10.2015 r. - elementy te muszą być zgodne z Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru przyjętymi do stosowania w PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. Dokumentem potwierdzającym spełnienie powyższego warunku jest deklaracja zgodności z warunkami technicznymi serii Id.

3.6. W przypadku elementów nawierzchni nie objętych Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru przyjętymi do stosowania w PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., elementy te muszą być zgodne z:

a) indywidualnymi Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru Producenta uzgodnionymi lub zatwierdzonymi przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. do stosowania w ramach normalnej eksploatacji lub

b) uznanymi przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. dokumentami odniesienia.

Dokumentami potwierdzającymi spełnienie powyższego warunku są odpowiednio:

- deklaracja zgodności z indywidualnymi Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru Producenta oraz wyciąg z właściwych warunków technicznych obejmujący stronę tytułową i stronę z uzgodnieniem lub zatwierdzeniem PKP Polskie Linie Kolejowe S. A.,

- deklaracja zgodności z innymi uznanymi przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. dokumentami odniesienia oraz wyciąg z właściwych dokumentów odniesienia obejmujący stronę tytułową i stronę z uzgodnieniem lub zatwierdzeniem PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Izba ustaliła także, że w dniu 10 stycznia 2017 r. odwołujący zadał zamawiającemu następujące pytanie: Czy w kontekście pisma Prezesa UTK skierowanego do PKP PLK nr DZTI-WI.070.10.2016.7.MS z 04.11.2016r., wskazującego na powstanie wątpliwości w stosunku do procedury SMS-PW-17, która podważa przepisy ustawy o transporcie kolejowym oraz ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U.2016 poz. 524 z późn. zm.) poprzez narzucanie obowiązku powtarzania oceny dokonanej w procedurze wydawania świadectw dopuszczenia do eksploatacji lub procedury

oceny zgodności składnika interoperacyjności, dopuszczenie zgodnie z SMS PW-17 wymagane jest dla składników interoperacyjności posiadających Deklarację zgodności WE dla składnika interoperacyjności.

Ustalono także, że w dniu 19 stycznia 2017 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej odpowiedź nr 30 na ww. pytanie, w której wskazał, iż: *Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.*

W dniu 30 stycznia 2017 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, w świetle którego Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Nie ulega wątpliwości, że z rozdziału 3 SIWZ opublikowanej 27 grudnia 2016 r. wynikało, że oferowane przez wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą być:

- wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz
- dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A).

Wynikało także, że oferowane przez wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą:

- spełniać wymagania dla składnika interoperacyjności określone w Rozporządzeniu Komisji (UE) NR 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014r. dotyczącego technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej (z późn. zm.),
- być dopuszczone do stosowania na sieci PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Zamawiający wskazał także, że dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań są łącznie:

- a) w zakresie wymagań interoperacyjności – certyfikaty WE dla składników interoperacyjności (dla modułu CH oceny zgodności lub oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu określonych w TSI INF1299/2014 wymagań przez składniki interoperacyjności (dla modułu CA oceny zgodności),
- b) w zakresie dopuszczenia do stosowania na sieci PKP PLK S.A. - dopuszczenie do stosowania wydane w trybie procedury SMS-PW-17 wraz z załącznikiem do dopuszczenia stanowiącym jego integralną część, z zastrzeżeniem pkt 3.5. i 3.6. IDW.

Z przytoczonych postanowień wynikało zatem jednoznacznie, że oprócz wymogów dotyczących wprowadzenia do obrotu w Polsce, zamawiający sformułował dodatkowy wymóg aby oferowany produkt został oceniony i dopuszczony także zgodnie z procedurami własnymi lub uznawanymi przez zamawiającego.

Zatem już tej dacie odwołujący mógł domagać się – jak wskazał w odwołaniu - zmian w SIWZ przez rezygnację z wymogu dopuszczenia do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury PKP PLK S.A., wynikającego z procedury SMS -PW 17 i innych procedur Zamawiającego lub uznawanych przez Zamawiającego, wobec składnika interoperacyjności, posiadającego deklarację zgodności WE (pkt. 3.1, 3.3 - 3.6 siwz).

Już w dniu 27 grudnia 2016 r., w oparciu o SIWZ, odwołujący, działający z należytą starannością, wymaganą w warunkach postępowania pomiędzy profesjonalistami, mógł i powinien wiedzieć o tym, że zamawiający wymaga dopuszczenia do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury PKP PLK S.A., wynikającego z procedury SMS -PW 17 i innych procedur zamawiającego lub uznawanych przez zamawiającego, wobec składnika interoperacyjności, posiadającego deklarację zgodności WE.

Skoro odwołujący już w oparciu o postanowienia SIWZ opublikowanej w dniu 27 grudnia 2016 r. wiedział o obowiązku posiadania spornych dopuszczeń, mógł w terminach wynikających z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp składać środki ochrony prawnej wobec treści SIWZ.

Zamiast wniesienia odwołania wobec treści SIWZ odwołujący zdecydował się w dniu 10 stycznia 2017 r., a zatem po terminie na wniesienie odwołania wobec postanowień SIWZ, wystosować do zamawiającego de facto wezwanie do zmiany postanowień SIWZ. Ujawnienie stanowiska przez zamawiającego, który w dniu 19 stycznia 2017 r. podtrzymał pierwotne wymogi SIWZ, nie spowodowało zatem żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia otrzymania odpowiedzi na pytanie na zasadzie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Stan opisany w SIWZ, polegający na konieczności posiadania dopuszczenia do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury PKP PLK S.A., wynikającego z procedury SMS -PW 17 i innych procedur zamawiającego lub uznawanych przez zamawiającego, wobec składnika interoperacyjności, posiadającego deklarację zgodności WE trwał od początku, tj. od dnia 27 grudnia 2016 r. Odpowiedzi na pytania z dnia 19 stycznia 2017 r. nie wprowadziły nowych informacji w stosunku do postanowień SIWZ, które by to zmieniały.

Udzielenie odpowiedzi na pytanie, w której zamawiający podtrzymuje treść SIWZ nie wyrażając zgody na zmianę jej treści nie jest czynnością, w oparciu o którą wykonawcy uzyskują wiadomość o nowych okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w rozumieniu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Potwierdzeniem ww. jest treść żądań odwołującego, w których odwołujący nie domaga się unieważnienia lub zmiany odpowiedzi na pytanie nr 30 z dnia 19 stycznia 2017 r., lecz jego żądania nakierowane są na modyfikację postanowień 3.1, 3.3 - 3.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których sporny wymóg istniał od samego momentu publikacji SIWZ w dniu 27 grudnia 2016 r., a nie od 19 stycznia 2017 r.

W świetle przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Treść SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego 27 grudnia 2016 r. Termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ upłynął zatem w dniu 9 stycznia 2017 r. (uwzględniając treść art. 185 ust. 8 ustawy Pzp). Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 30 stycznia 2017 r. Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 30 stycznia 2017 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienie odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, *Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.*

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....