

Sygn. akt: KIO/UZP 30/09

WYROK
z dnia 22 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie:	Ewa Jankowska
	Marek Koleśnikow
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 22 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o.o., 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny w Warszawie-Wydział Zamówień Publicznych, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu ~~protestów~~* z dnia 22 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o.o., 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o.o., 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o.o., 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15.**

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja linii kolejowej nr 20 w obrębie stacji PKP Warszawa Gdańska w powiązaniu z linią E65 i stacją metra A17 Dworzec Gdański (zadanie nr 1) oraz kompleksowa realizacja przejścia podziemnego dla pieszych łączącego stację metra A17 „Dworzec Gdański” ze stacją PKP „Warszawa Gdańska” i Żoliborzem (zadanie nr 2).

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18.11.2008 roku o numerze 2008/S 224-298524.

Pismem z dnia 22.12.2008 roku Odwołujący - Thales Rail Signaling Solutions Sp. z o.o., wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na modyfikacji nr 5 treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), dokonanej dnia 12.12.2008 roku. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy pzp przez nieuprawnione zamieszczenie w Tomie V wymogu, aby „kontrola niezajętości torów i rozjazdów odbywała się za pomocą liczników osi w wersji antykradzieżowej”. W jego ocenie postanowienie to jest niejednoznaczne i daje podstawy identyfikacji potencjalnego dostawcy, co powoduje brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie określił w żaden sposób jak urządzenia takie miałyby być zabezpieczone przed potencjalną kradzieżą, czy jakie cechy winny posiadać by mogły zostać uznane za spełniające wymóg „antykradzieżowości”, a także kto będzie upoważniony do oceny czy urządzenie spełnia ten wymóg. Urządzenia występujące obecnie na rynku, które posiadają świadectwa kwalifikacji i dopuszczenia wystawione przez Urząd Transportu Kolejowego, nie posiadają formalnego potwierdzenia cechy „antykradzieżowości”.

Odwołujący podniósł, że takie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób co najmniej pośredni utrudnia i ogranicza znacznie uczciwą konkurencję na rynku. Uznanie czy urządzenie spełnia wymóg antykradzieżowości leży bowiem wyłącznie w gestii Zamawiającego. Brak precyzyjnego określenia pojęcia antykradzieżowości może doprowadzić do zapłaty kar umownych, w sytuacji gdy Zamawiający odmówi uznania kolejnych proponowanych sposobów zabezpieczenia urządzenia.

Na poparcie swojego stanowiska, Odwołujący powołał się na dotychczasowe orzecznictwo zarówno Sądów Okręgowych jak i zespołów arbitrow.

Pismem z dnia 31.12. 2008 roku, doręczonym Odwołującemu tego samego dnia, Zamawiający odrzucił protest, powołując się na dyspozycję art. 180 ust. 7 i wskazując że zarzuty protestu dotyczą rozstrzygnięcia protestu z dnia 1.12.2008 roku.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu, Odwołujący w dniu 9.01.2009 roku (wpływ bezpośredni) wniósł odwołanie, którego kopię przekazał tego samego dnia Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście a odnosząc się do niezasadnego odrzucenia protestu wskazał, że w pierwotnym proteście z dnia 1.12.2008 roku wniósł o wykreślenie z treści postanowienia „kontrola niezajętości torów i rozjazdów za pomocą liczników osi bez elektroniki przytorowej” słów „bez elektroniki przytorowej”. Przedmiotem zaś obecnego odwołania jest modyfikacja z dnia 12.12.2008 roku nr 5 siwz, w której Zamawiający nadał nowe brzmienie kwestionowanemu postanowieniu o treści: „kontrola niezajętości torów i rozjazdów za pomocą liczników osi w wersji antykradzieżowej”. Ponadto Odwołujący wskazał, że również modyfikacja numer 11 siwz dokonana w dniu 7 stycznia 2009 roku, którą Zamawiający wprowadził definicję pojęcia „wersji antykradzieżowej” nie spełnia wymogów jednoznaczności i precyzyjności.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji siwz przez wykreślenie zwrotu „w wersji antykradzieżowej”.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania, w szczególności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej modyfikacji oraz po wysłuchaniu pełnomocników stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący złożył w dniu 1.12.2008 roku protest do Zamawiającego, w którym zarzucił m.in. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy pzp przez nieuprawnione zamieszczenie w Tomie V wymogu, aby „kontrola niezajętości torów i rozjazdów odbywała się za pomocą liczników osi bez elektroniki przytorowej”, które to ograniczenie daje podstawy identyfikacji dostawcy, co powoduje brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego w tym zakresie i w dniu 12.12.2008 roku dokonał zmiany nr 5 do siwz (pismo IRIZ2/216/34/22/08), nadając kwestionowanemu postanowieniu brzmienie o treści „kontrola niezajętości torów i rozjazdów w wersji antykradzieżowej”.

W dniu 7.01.2009 roku Zamawiający dokonał kolejnej zmiany do siwz (pismo IRIZ2/216/34/35/09, zmiana nr 11 do siwz), zgodnie z którą postanowienie otrzymało brzmienie „kontrola niezajętości torów i rozjazdów za pomocą liczników osi w wersji antykradzieżowej”. Jednocześnie Zamawiający zdefiniował pojęcie „wersji antykradzieżowej”, wskazując że rozumie go jako konstrukcyjne zabezpieczenie urządzenia umożliwiające lub utrudniające w znacznym stopniu demontaż przez osoby nie dysponujące specjalnymi narzędziami”.

Skład orzekający ustalił również, że czynność modyfikacji siwz z dnia 7.01.2008 roku jest przedmiotem odrębnego protestu, złożonego przez Odwołującego.

Skład orzekający zważył:

Odwołujący, jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i zgłaszający zarzuty co do niezgodnego z przepisami określenia przedmiotu zamówienia, posiada interes prawny w rozumieniu treści art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Na wstępie należy zaznaczyć, że istotnie dokonana modyfikacja z dnia 12.12.2008 roku była modyfikacją przedwczesną, bowiem w czasie dokonania tej czynności protest z dnia 1.12.2008 roku nie był jeszcze ostatecznie rozstrzygnięty, gdyż Zamawiający uwzględnił jedynie jedno ze zgłoszonych w proteście żądań. Okoliczność stwierdzenia naruszenia dyspozycji art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy pzp nie wywiera wpływu na fakt dokonania tej czynności w dniu 12.12.2008 roku, która otwiera Odwołującemu drogę do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 ustawy pzp protest wnosi się na czynność Zamawiającego, która w tym stanie faktycznym była dokonana w dniu 12.12.2008 roku.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający posiada uzasadnione potrzeby, podyktowane względami bezpieczeństwa ruchu kolejowego, w zabezpieczeniu elektroniki przytorowej przed kradzieżą lub zniszczeniem przez wandalów i żądaniu, aby kontrola niezajętości torów i rozjazdów odbywała się za pomocą liczników osi w wersji antykradzieżowej.

Nie zasługuje na uwzględnienie, podniesiony w proteście i odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy pzp, w szczególności należy uznać, że wymóg „kontroli niezajętości torów i rozjazdów w wersji antykradzieżowej” nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu naruszenia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia spoczywa na Odwołującym.

Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia naruszenia wskazanych przepisów, ale w żaden sposób nie wykazał na czym to naruszenie miałoby polegać i nie uprawdopodobnił, że przez taki opis przedmiotu zamówienia Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego.

Skład orzekający Izby stwierdził, że w zaistniałym stanie faktycznym przez sformułowanie wymogu dostarczenia urządzeń „w wersji antykradzieżowej”, Zamawiający nie doprowadził do preferowania konkretnego wykonawcy oraz dyskryminowania z udziału w postępowaniu innych wykonawców zarówno w sposób bezpośredni jak również w sposób pośredni. Zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający stwierdza również, że opis przedmiotu zamówienia wskazany przez Zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący i pozwala na złożenie ważnej oferty, spełniającej wymagania Zamawiającego. Wprowadzone zmianą nr 5 do siwz z dnia 12.12.2008 roku, pojęcie „wersji antykradzieżowej” jest pojęciem jasnym i nie budzącym wątpliwości, sformułowanym za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Pojęcie to należy interpretować zgodnie z jego literalnym brzmieniem i celem jaki ma spełniać, sprowadzającym się do zabezpieczenia urządzeń przed kradzieżą i zniszczeniem. Cel ten został przez Zamawiającego również wyartykułowany w piśmie z dnia 3 grudnia 2008 roku, którego faktu otrzymania Odwołujący nie kwestionował. Zamawiający wyjaśnił w przedmiotowym piśmie, że „z uwagi na kradzież w niektórych rejonach kraju pokryw ze stopów metali lekkich, pokryw stalowych a nawet stalowych osłon suwaków, wskazane jest przygotowanie tych elementów z tworzywa sztucznego”. Ponadto Zamawiający wskazał, że „w celu ograniczenia kosztów utrzymania i strat związanych z kradzieżami preferujemy stosowanie pokryw ocynkowanych a w miejscach szczególnie narażonych na kradzieże – pokryw i osłon z tworzywa sztucznego w kolorach zgodnych z Instrukcją Ie-12 (E24): w kolorze szarym dla napędów elektrycznych i w kolorze czarnym dla napędów mechanicznych”. Dodatkowo Zamawiający, widząc potrzebę wyjaśnienia tego pojęcia, dookreślił je w dniu 7.01.2009 roku, zmianą nr 11 do siwz.

Skład orzekający Izby uznał, że wymóg dostarczenia urządzeń „w wersji antykradzieżowej” jest wymogiem wynikającym z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, zatem nie jest zasadne uwzględnienie żądania Odwołującego zgłoszonego w treści protestu i odwołania, które sprowadza się do wykreślenia pojęcia „w wersji antykradzieżowej”, a nie do konieczności wyjaśnienia jego treści.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania i postanowił o oddaleniu odwołania na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....