

Sygn. akt: KIO 1740/12

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 sierpnia 2012 r. przez Trecom Sp. z o.o. S. K. A., ul. Mokotowska 4/6, 02-908 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawcy Wasko S. A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy Kapsch CarrierCom Sp. z o.o., ul. Poleczki 35a, 02-822 Warszawa zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przez Trecom Sp. z o.o. S. K. A., ul. Mokotowska 4/6, 02-908 Warszawa i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Trecom Sp. z

o.o. S. K. A., ul. Mokotowska 4/6, 02-908 Warszawa wykonawców 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 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie – Warszawa - Praga**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Projekt, budowę, i wdrożenie podsystemu radiowego systemu ERTMS/GSM-R, projekt i budowa światłowodowych kabli szlakowych oraz budowa systemów teletransmisyjnych realizowanych w ramach projektu POliŚ 7.1-25 Budowa infrastruktury systemu GSM-R zgodnie z NPW ERTMS na linii kolejowej E 20/C-E 20 korytarz F na odcinku Kunowice - Terespol”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 25 lipca 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2012 r. pod numerem 2011/S 144-240607.

Wykonawca Trecom Sp. z o.o. S. K. A., ul. Mokotowska 4/6, 02-908 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 13 sierpnia 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec zmiany specyfikacji z dnia 3 sierpnia 2012 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
- art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
- art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie jego pochodzenia, tj. takie skonstruowanie warunku określonego w punktach 30, 30.18, 15.1 podpunkt „o” Tomu i SIWZ (IDW) które jednoznacznie wskazuje, że preferowane jest rozwiązanie produkcji firmy Kapsch.

- art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności określonej w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp tj. zmiany treści SIWZ w zaskarżonym zakresie,
- przywróceniu brzmienia punktu 15.1 podpunkt „o” Tomu I SIWZ (IDW) do stanu sprzed zmian dnia 3 sierpnia 2012,
- przywróceniu brzmienia punktu 30 Tomu I SIWZ (IDW) do stanu Sprzed zmian dnia 3 sierpnia 2012,
- przywróceniu brzmienia punktu 30.18 Tomu I SIWZ (IDW) do stanu sprzed zmian dnia 3 sierpnia 2012,
- przywróceniu brzmienia Załącznika 11 - Tom I SIWZ (IDW) do stanu sprzed zmian dnia 3 sierpnia 2012.

W dniu 3 sierpnia 2012 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ, t.j. modyfikacji oświadczenia potwierdzającego, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem NSS20 (produkcji firmy KAPSCH) na co najmniej jednej linii kolejowej i/lub oferowana infrastruktura BSS GSM-R przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności (LOT) z systemem NSS20 (produkcji firmy KAPSCH) dla interfejsu A w ramach zamówienia.

Powyższa czynność Zamawiającego (modyfikacja z dnia 3 sierpnia 2012 r.) stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez Trecom Sp. z o.o. S. K. A., ul. Mokotowska 4/6, 02-908 Warszawa.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Kapsch CarrierCom Sp. z o.o., ul. Poleczki 35a, 02-822 Warszawa.

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca: Wasko S. A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia oraz zmiany SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron i

uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 14 sierpnia 2012 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy: Kapsch CarrierCom Sp. z o.o., ul. Poleczki 35a, 02-822 Warszawa (zwany dalej: „*Przystępującym Kapsch*”).

Izba potwierdziła również skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy: Wasko S. A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (zwany dalej: „*Przystępującym Wasko*”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, w swoim odwołaniu, że Zamawiający w sposób nieuprawniony żądał od wykonawców złożenia oświadczenia potwierdzającego, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem NSS20 (produkcji firmy KAPSCH), że jest to dokument zbędny, jak również że niemożliwe jest wykonanie testów w czasie krótszym niż kilka tygodni i niemożliwe jest wykonanie ich bez odpowiedniego przygotowania. Odwołujący wskazał także że Zamawiający powinien zawrzeć kluczowe informacje co do posiadanego sprzętu oraz jego cech technicznych. Odwołujący podnosił również, że niemożliwe jest wykonanie testów bez posiadania dostępu do systemu NSS20, który jest w posiadaniu firmy Kapsch CarrierCom. Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie zapewniając

dostępu do systemu NSS20, z którym to systemem miałby wykonawca przeprowadzić żądane testy. Zamawiający nie zagwarantował także, że dostawca systemu NSS20, udostępni go konkurującym firmom, w celu przeprowadzania testów LOT. Zamawiający nie udostępnia żadnej specyfikacji urządzeń NSS20, a zatem wykonawca nie ma nawet podstawowej wiedzy na temat tego, jak mógłby być skonfigurowany system NSS20 do testów. Uprzywilejowanym przy tak skonfigurowanych wymaganiach jest dostawca systemu NSS20 czyli firma Kapsch CarrierCom.

Izba popiera i uznaje za własne stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1131/12.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty Odwołującego są niezasadne, a modyfikacja SIWZ, dokonana przez Zamawiającego pismem z dnia 3 sierpnia 2012 roku nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów.

Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ prawidłowo, zachowując cel prowadzonego postępowania, określił wykonawcom wymóg w zakresie obowiązkowego legitymowania się doświadczeniem w zakresie wprowadzenia oferowanego systemu na minimum jednej linii kolejowej lub legitymowania się przeprowadzeniem stosownych testów interoperacyjności, co miało potwierdzać stosowne oświadczenie.

Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący Kapsch wykazali, iż modyfikacja SIWZ nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w opisie przedmiotu zamówienia. Testy interoperacyjności (testy wzajemnej współpracy systemów), mają za zadanie zagwarantowanie solidnych i niezawodnych usług poprzez sprawdzenie czy dwa produkty, dwóch różnych producentów, mogą ze sobą poprawnie współpracować w testowanym zakresie. Zatem ideą przeprowadzania testów interoperacyjności było obiektywne stwierdzenie o możliwości i zakresie takiej współpracy.

Dowodem na okoliczność, iż zarzut Odwołującego o braku możliwości konkurowania z Przystępującym Kapsch, w zakresie dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia jest bezzasadny, jest Deklaracja Interoperacyjności GSM-R z dnia 19 września 2011 r. oraz z dnia 2 listopada 2011 r., dotycząca Interoperacyjności GSM-R Kapsch CarrierCom, w których stwierdzono, że *„Wyniki testów pokazują, że w tym momencie nie ma*

żadnych problemów w zakresie współpracy pomiędzy testowanymi elementami w tej IOT sesji”.

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku mógł, poprzez swoje działanie starać się o przeprowadzenie stosownych testów przez niezależną jednostkę oraz mógł ubiegać się o częściowe sfinansowanie tychże badań, co potwierdza Deklaracja z dnia 19 września 2012 r., wskazująca, że Komisja Europejska wspiera przeprowadzane testy a Europejska Agencja Kolejowa (ERA) monitoruje powyższe prace.

Ponadto niezasadność zarzutu dotyczącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania potwierdził Przystępujący Kapssch przedstawiając wyciągi z dwóch różnych ogłoszeń w sprawie podobnych zamówień organizowanych przez jednostki analogiczne do PKP PLK S.A. będących spółkami prawa hiszpańskiego, gdzie zamawiający ci postawili wymogi interoperacyjności oferowanych rozwiązań.

W ocenie Izby Zamawiający uprawniony jest do takiego formułowania warunków udziału w postępowaniu (warunków przedmiotowych), aby w jak najszerszym zakresie zabezpieczały one interes Zamawiającego w sposób prawidłowy. Zamawiający jako profesjonalista może wymagać, aby wykonawcy wyrażający chęć udziału w postępowaniu legitymowali się przynajmniej jedną realizacją adekwatną do przedmiotu zamówienia bądź, jak to sprecyzował Zamawiający przedstawienia (udowodnienia), prawidłowości przeprowadzenia testów interoperacyjności (pozytywnych wyników) z systemem (platformą) już będącą w posiadaniu Zamawiającego. Zatem wymagania Zamawiającego – t.j. wskazanie nazwy firmy Kapsch w wymaganym oświadczeniu odnosi się do stanu faktycznego już istniejącego, zatem Zamawiającemu nie można odmówić wymagania od wykonawców złożenia stosownego oświadczenia potwierdzającego, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem już istniejącym - NSS20 (produkcji firmy KAPSCH). Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający pragnie mieć do czynienia z wykonawcami, którzy legitymują się przedmiotowym doświadczeniem lub legitymują się pozytywnymi wynikami testów interoperacyjności już na etapie składania ofert. Działanie Zamawiającego ukierunkowane jest bowiem na osiągnięcie maksimum bezpieczeństwa w prowadzonej inwestycji, a nie eksperymentowanie z rozwiązaniami dotychczas nie stosowanymi.

W ocenie Izby nie zachodzą okoliczności uniemożliwiające Odwołującemu zorganizowanie tak procesu zarządzania własnej firmy, aby skutecznie przeprowadzić proces testacji.

Dodatkowo dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie, tj. List akceptujący dla systemu testowego Huawei GSM-R z dnia 10 kwietnia 2012 r., pismo z dnia 15 lipca 2012 r. oraz wyciąg z katalogu testów EIRINE dla oceny sieci – Druga Konferencja ERA GSM-R – IRCE 2011 potwierdzają zgodność prowadzonego testu interoperacyjności jednakże dla starszej wersji systemu. Obecnie Zamawiający posiada najnowszą wersję systemu, a dokumentacja Odwołującego pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Bezprzedmiotowa jest również złożona przez Odwołującego umowa ramowa, a przedstawiona korespondencja nie wykazuje - w sposób nie budzący wątpliwości - że przeprowadzenie przedmiotowych testów jest niemożliwe.

Zarzuty Odwołującego odnoszące się do braku chęci współpracy z Przystępującym Kapsch zdaniem Izby nie mogą być uwzględnione, gdyż dowodem na tę okoliczność nie mogą być pisma skierowane przez producenta Huawei do producenta Kapsch CarrierCom, w okresie prawie 4 miesięcy.

W zakresie wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia, Izba podtrzymuje dotychczas wypracowane jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej - co zostało również podkreślone w wyroku z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1131/12, iż zakres dokumentów i oświadczeń wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817), w zakresie dokumentów przedmiotowych, to katalog otwarty, upoważniający Zamawiającego do kreowania takiego rodzaju żądanych oświadczeń lub dokumentów, jakie będą niezbędne do weryfikacji postawionych warunków przedmiotowych (odnoszących się do przedmiotu zamówienia), co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty stawiane przez Odwołującego, tym samym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący:

.....