

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Track Tec KolTram Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, ul. Rondo ONZ 1** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** dokonanie zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez wprowadzenie w niej możliwości zmontowania rozjazdów na podrozjazdnicach na placu budowy;
2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Track Tec KolTram Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, ul. Rondo ONZ 1** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **PKP Polskich Linii Kolejowych S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz wykonawcy **Track Tec KolTram Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, ul. Rondo ONZ 1** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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. 113, 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie, ul. Okopowa 5, 20 - 022 Lublin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie dokumentacji i wykonanie robót budowlanych na odcinku Zalesie Gorzyckie - Sobów linii kolejowej nr 25” realizowane w ramach zadania pn. Modernizacja linii kolejowej 25 na odcinku Skarżysko Kamienna – Ocice (numer postępowania: 9090/IR2ZA/000053/13/P).

Publikacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ została dokonana w dniu 8 kwietnia 2013r. na stronie internetowej Zamawiającego.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: Track Tec KolTram Sp. z o.o., ul Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa wniósł w dniu 8 kwietnia 2013r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wnosząc przedmiotowe odwołanie zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tj. w pkt 1.3.19.7 Transport część III SIWZ i w pkt 2.2.8.3 i 2.2.8.5 Rozjazdy część III SIWZ.

Jeżeli chodzi o zaskarżony pkt 1.3.19.7 Transport część III SIWZ, to obejmował on następujące brzmienie SIWZ: „Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia rozjazdów na plac budowy w pełni zmontowanych w części zwrotnicowej wraz z podrozjazdnicami oraz urządzeniami przestawiania, ryglowania i kontroli w celu zapewnienia wysokiej jakości początkowej i zwiększonej trwałości po dokonaniu odbioru u producenta przez zamawiającego. Pozostałe części (szyny łączące i krzyżownica) rozjazdów wykonawca rozjazdów dostarczy na plac budowy zgodnie z zaleceniami producenta”.

Zdaniem Odwołującego postanowienie to jednoznacznie wskazuje firmę voestalpine VAE GmbH z siedzibą w Zeltweg (Austria) (dalej VAE) jako dostawcę wagonów, który jako jedyny producent rozjazdów kolejowych (posiadający świadectwa UTK) posiada na własność specjalne wagony do przewozu zwrotnicy rozjazdów zmontowanej wraz z podrozjazdnicami.

Podniósł, że nikt z krajowych producentów nie ma możliwości załadunku zwrotnicy wraz z podrozdnicami na wagon. Z kolei wymóg dostawy urządzeń przestawiania, ryglowania i kontroli wskazuje na konieczność wyposażenia rozjazdów w zamknięcia hydrauliczne.

Jeżeli chodzi zaś o zaskarżony pkt 2.2.8.3 Rozjazdy część III SIWZ to postanowienie było następującej treści: W rozjazdach o $R = 300\text{m}$ urządzenia stabilizujące położenie iglic w torach głównych zasadniczych przejeżdżanych na ostrze hermetyczne zamknięcia nastawcze niewrażliwe na pełzanie, bezzacięciowe, cylindryczno-modułowe, z kontrolą położenia iglic dostosowane do elektrycznych napędów zwrotnicowych.

W zakresie pkt 2.2.8.5 Rozjazdy część III SIWZ postanowienie to dotyczyło rozjazdów nr 64 i 65 o $R = 500$ wyposażonych w hermetyczne zamknięcia nastawcze niewrażliwe na pełzanie, bezzacięciowe, posiadające hydrauliczny system przenoszenia sił dostosowane do zabudowy elektrohydraulicznych napędów zwrotnicowych.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienia SIWZ jednoznacznie wskazują voestalpine VAE GmbH z siedzibą w Zeltweg (Austria) (dalej VAE) jako dostawcę, będącego jedynym producentem zamknięć hydraulicznych posiadającym dopuszczenia PLK.

Zwrócił uwagę, że Standardy Techniczne PLK (wskazane w SIWZ) dopuszczają wprowadzić zamknięcia mechaniczne odporne na pełzanie jako równoważne rozwiązanie w stosunku do zamknięć hydraulicznych, jednak odpowiedni zapis nie znalazł się w SIWZ.

Zarzucając powyższe wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu zamiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami ustawy PZP tj. w szczególności poprzez:
 - zmianę pkt 1.3.19.7 Transport część III SIWZ. poprzez dopuszczenie możliwości zmontowania rozjazdów na podrozdnicach na placu budowy,
 - zmianę w pkt 2.2.8.3 i 2.2.8.5 Rozjazdy część III SIWZ poprzez dopuszczenie zastosowania zamknięć mechanicznych odpornych na pełzanie jako równoważne rozwiązanie w stosunku do zamknięć hydraulicznych,
3. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na obowiązek zapewnienia neutralności opisu przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej i nie może on być ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zamian w realizacji zamówienia przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego sformułowane warunki postępowania uniemożliwiają swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty i warunki te zawierają sformułowania, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę lub jednego z zainteresowanych wykonawców, który byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Twierdził, że występuje potencjalna możliwość naruszenia przepisu art.29 ust.2 ustawy Pzp.

W kolejnym zarzucie wskazał, że opisanie przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób utrudniający konkurencję.

Jeżeli chodzi o zarzut dotyczący pkt 1.3.1.19.7 Transport część III SIWZ to argumentował, że postanowienie to wskazuje VAE jako dostawcę, który jako jedyny producent rozjazdów kolejowych (posiadający świadectwa UTK) dysponuje specjalnymi wagonami do przewozu zwrotnicy rozjazdów zmontowanej wraz z podrozjazdnicami.

Zauważył, że VAE to skrótowa nazwa austriackiego producenta rozjazdów voestalpine VAE GmbH z siedzibą w Zeltweg (Austria), zaś firma voestalpine Tens sp. z o.o. to firma, która handluje rozjazdami, a nie jest ich producentem i jest spółką zależną, należąca do koncernu VAE GmbH.

Zwrócił uwagę, że wszystkie zakłady produkcyjne koncernu VAE znajdują się poza Polską.

Z kolei wymóg Zamawiającego dostawy urządzeń przestawiania, ryglowania i kontroli wskazuje na konieczność wyposażenia rozjazdów w zamknięcia hydrauliczne co również narusza konkurencję.

Wyjaśnił, że dostarczenie na plac budowy rozjazdów zamontowanych na podrozdnicach poza placem budowy wymaga zastosowania specjalnych wagonów.

Argumentował, że taki sposób dostawy nie był dotychczas wymagany i stosowany w projektach realizowanych dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., co oznacza brak możliwości zrealizowania tego typu usługi transportowej w Polsce.

Przekonywał, że specjalistyczne wagony do transportu zmontowanych rozjazdów na podrozdnicach strunobetonowych nie są dostępne na polskim rynku, stąd brak jest możliwości zrealizowania takiej usługi przez krajowych wykonawców.

Tym samym postawienie takiego wymogu – według Odwołującego - wskazuje jednoznacznie na wyrób produkowany i dostarczony wyłącznie przez zagranicznego producenta.

Podkreślił, że określenie w ten sposób przedmiotu zamówienia mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję, a w konsekwencji narusza ono art. 7 i art.29 ust. 2 ustawy Pzp i z tego powodu Odwołujący wnosil o zmianę tego zapisu SIWZ poprzez możliwość zmontowania rozjazdów na podrozdnicach na placu budowy.

W ocenie Odwołującego jest to standardowy sposób montażu stosowany we wszystkich dotychczas realizowanych w Polsce modernizacjach linii kolejowych, zapewniający odpowiednią jakość i parametry użytkowe rozjazdów.

Oświadczył, że wysoką jakość początkową i zwiększoną trwałość zapewnia producent rozjazdów i wykonawca robót poprzez gwarancję wystawianą zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Argumentował, że wykonanie montażu rozjazdów na podrozdnicach na placu budowy nie ma wpływu na pogorszenie warunków tej gwarancji.

W części dotyczącej pkt 2.2.8.3 i 2.2.8.5 Rozjazdy część III SIWZ podniósł, że obecnie tylko jeden producent zamknięć hydraulicznych posiada wymagane dopuszczenia do stosowania tego typu zamknięć w torach PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, obecny zapis w SIWZ dot. hydraulicznych napędów zwrotnicowych wskazuje jednoznacznie na wyrób produkowany wyłącznie przez

jednego producenta. Określenie w ten sposób przedmiotu zamówienia mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję, a w konsekwencji narusza art. 7 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Według Odwołującego postanowienia te jednoznacznie wskazują VAE jako dostawcę, będącego jedynym producentem zamknięć hydraulicznych posiadającym dopuszczenia PLK.

Zauważył, że Standardy Techniczne PLK (wskazane w SIWZ) dopuszczają wprowadzić zamknięcia mechaniczne odporne na pełzanie jako równoważne rozwiązanie w stosunku do zamknięć hydraulicznych, jednak odpowiedni zapis nie znalazł się w SIWZ.

Wywodził, że zgodnie z dokumentem „Standardy Techniczne - Szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} \leq 200 \text{ km/h}$ (dla taboru konwencjonalnego)/ 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem) z dnia 14.06.2010 r. Tom I Droga szynowa pkt. 9 „Rozjazdy” wydanym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w liniach przystosowanych do szybkości 120 km/h (tablice nr 19 i 20), 160 km/h (tablica nr 18) oraz 200 km/h (tablica nr 17) w rozjazdach może być stosowane zarówno mechaniczne zamknięcie suwakowe (klamrowe) niewrażliwe na pełzanie, jak i specjalne rozpruwalne (np.: cylindryczno-modułowe) zamknięcie hydrauliczne.

Według Odwołującego z powyższego wynika, że mechaniczne zamknięcie suwakowe (klamrowe) odporne na pełzanie (wzajemne ruchy termiczne iglic i opornic) jest konstrukcją dopuszczoną do stosowania w torach PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., stanowiącą w pełni równoważne rozwiązanie w stosunku do zamknięcia hydraulicznego.

Jednocześnie zarówno mechaniczne zamknięcia suwakowe (klamrowe) odporne na pełzanie jak i rozjazdy wyposażone w tego typu zamknięcia posiadają odpowiednie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Urząd Transportu Kolejowego, dopuszczające te konstrukcje do stosowania w liniach do szybkości 120 km/h , 160 km/h i 200 km/h . Mechaniczne zamknięcie nastawcze niewrażliwe na pełzanie jest dostosowane do montażu elektrycznych napędów zwrotnicowych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, świadectw dopuszczenia do eksploatacji budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego Głównego Inspektora Kolejnictwa: nr B/2002/0203 i nr B/2008/0019, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 19.04.2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w związku z art.7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wprowadzenia postanowień części III SIWZ w zaskarżonym zakresie i czy te postanowienia nie zostały opisane w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby postanowienia pkt 1.3.1.19.7 Transport część III SIWZ zawierały opis przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że jego obiektywne potrzeby techniczne uzasadniają opisany w pkt 1.3.1.19.7 Transport część III SIWZ sposób wykonania zamówienia.

Przedłożone przez Zamawiającego świadectwo dopuszczenia do eksploatacji budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego Głównego Inspektora Kolejnictwa: nr B/2002/0203 nie zawiera w zakresie warunków technicznych dotyczących prawidłowości montażu(vide: pkt 3.4, strony 15 – 21), pakowania, przechowywania, transportu(vide: pkt 5, strony 22 – 21) oraz badania(vide: pkt 6) dyrektyw nakazujących wykonawcy dostarczać podzespoły i zespoły(rozjazdy wraz z podrozjazdnicami oraz urządzeniami przestawiania,

ryglowania i kontroli) w pełni zmontowane w części zwrotnicowej.

Jednocześnie Zamawiający nie zgłosił żadnego innego dowodu i nie podał żadnego argumentu przemawiającego za uznaniem za jedynie słuszną z technicznego punktu widzenia zaproponowaną w SIWZ metodę dostawy rozjazdów.

Wobec tego Izba uznała, że Odwołujący jest zobowiązany jedynie do świadczenia zgodnego z przedłożonym świadectwem, w rozpoznawanym zakresie, które gwarantuje należyte wykonanie zobowiązania i w pełni zabezpiecza potrzeby Zamawiającego, nie zwalniając go wszakże od obowiązku przeprowadzenia odbioru przedmiotu zamówienia, a następnie jego kontroli z najwyższą starannością.

Izba doszła również do przekonania, że wymóg Zamawiającego dostarczenia rozjazdów na plac budowy w pełni zmontowanych w części zwrotnicowej wraz z podrozjazdnicami oraz urządzeniami przestawiania, ryglowania i kontroli w celu zapewnienia wysokiej jakości początkowej i zwiększonej trwałości po dokonaniu odbioru u producenta przez zamawiającego jest żądaniem nadmiernym, zbyt daleko idącym, które może utrudniać uczciwą konkurencję wykonawcom nie posiadającym specjalistycznego środka transportu i jednocześnie stawiać w pozycji uprzywilejowanej wykonawców będących producentami rozjazdów posiadających takie specjalistyczne środki transportu.

Dla przyjęcia, iż przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję zgodnie z regułą wynikającą z art.29 ust.2 ustawy Pzp nie jest konieczne wykazanie stanu rzeczy polegającego na utrudnianiu uczciwej konkurencji, lecz wystarczającym jest samo uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia takiego stanu rzeczy.

Zatem według Izby istnieje prawdopodobieństwo, że przedmiotowe zamówienie zostałyby udzielone podmiotowi wskazanemu przez Odwołującego w odwołaniu, jako posiadającemu zaplecze techniczne odpowiadające wymaganiom Zamawiającego.

Izba uznała także, że nie jest istotne wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób polegający na dostarczeniu rozjazdów na plac budowy w pełni zmontowanych w części zwrotnicowej wraz z podrozjazdnicami oraz urządzeniami przestawiania, ryglowania i kontroli w zakresie, lecz meritum tego wykonania sprowadza się do obowiązku wykonawcy uwzględnienia wszystkich obiektywnych parametrów technicznych, w tym tych wynikających ze świadectw Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.

W takiej sytuacji miejsce dokonania pełnego montażu nie ma nadrzędnego znaczenia, a przesądzająca jest czynność prawidłowego odbioru ostatecznego przedmiotu umowy.

Poza tym wymaga również wskazania, że zabezpieczenia gwarancyjne i dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy opisane na stronie 26 i 27 SIWZ – wymagania, na stronie 32 SIWZ – pkt 2 załącznika nr 1(wzór formularza ofertowego), na 53 – 55 SIWZ – załącznik nr 16(wzór warunków udzielenia gwarancji – karta gwarancyjna) w sposób dostateczny zabezpieczają interes Zamawiającego w aspekcie dostarczenia rozjazdów odpowiedniej jakości.

Zdaniem Izby argumenty podnoszone w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego mają znaczenie jedynie organizacyjne i nie mają ścisłego związku z zaskarżonym opisem przedmiotu zamówienia.

W szczególności Izba nie podziela zapatrywania Zamawiającego, że nie ma możliwości zorganizowania sprawdzenia rozjazdu po jego zmontowaniu na placu budowy w obecności przedstawiciela producenta, a przed jego zabudową w torze.

Nadto za głosowne Izba uznała stwierdzenie Zamawiającego, że nie ma możliwości całkowitego wyeliminowania wad początkowych w rozjazdach.

Nadto należy zauważyć, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność istnienia zjawiska występowania wadliwości budowli liniowych z powodu zmontowania rozjazdów na placu budowy, a nie w zakładzie producenta.

Jednocześnie należy wskazać, że przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie lista potencjalnych podmiotów dysponujących specjalistycznym taborem kolejowym obejmuje również niektóre linie kolejowe, np.: Network Rail, CNCFR (Romanian Railways), VR (Finish Railways), co może oznaczać, że podmioty te mogą realizować transport w analogicznie żądanym zakresie jak przez Zamawiającego przy zastosowaniu własnych środków transportu, nie nakładając uciążliwych warunków wykonania kontraktu na uczestników przetargów.

W świetle wyjaśnień Odwołującego budzi również wątpliwości możliwość pozyskania tych podwykonawców, biorąc pod uwagę około półroczny okres rezerwacyjny.

Rozpoznając kolejny zarzut, według zapytywania Izby - nie znalazł on potwierdzenia w materiale dokumentacyjnym niniejszej sprawy.

Izba ustaliła, że rozwiązanie hydrauliczne w rozjazdach nie jest rozwiązaniem równoważnym w stosunku do rozwiązań mechanicznych w rozjazdach.

Rozwiązania hydrauliczne są bardziej odporne na warunki atmosferyczne i zanieczyszczenia, nie wymagają ogrzewania, częstej regulacji, oczyszczania i konserwacji, jak w przypadku rozwiązań mechanicznych, ich konstrukcja zamknięcia nadaje się do różnych profili szyn i geometrii rozjazdów, cechuje się łatwym sposobem regulacji i współpracuje ze wszystkimi rodzajami napędów zwrotnicowych.

Rozwiązania mechaniczne zaś wymagają ogrzewania w okresie niskich temperatur przy zmianie długości iglic spowodowanej zmianą temperatury, wymagają regulacji, konstrukcja zamknięcia nadaje się tylko do określonego profilu szyny i określonej geometrii rozjazdu.

Z powyższych względów, biorąc pod uwagę różnice technologiczne w powyższych rozwiązaniach oraz uzasadniony interes Zamawiającego, który oczekuje na rozwiązanie bardziej nowoczesne i funkcjonalne Izba nie uznała w tym zakresie zarzutu odwołania.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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: