

POSTANOWIENIE
z dnia 5 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Ordysińska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 5 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Strabag Rail Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o, VIAMONT DSP a.s., PKP Energetyka S.A., Thales Polska Sp. z o.o., ul. Kępińska 2, 51-132 Wrocław,** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Towarowa 74, 03-734 Warszawa,**

postanawia:

1. **odrzuć odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciążyć **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego -Strabag Rail Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o, VIAMONT DSP a.s., PKP Energetyka S.A., Thales Polska Sp. z o.o., ul. Kępińska 2, 51-132 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Strabag Rail Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o, VIAMONT DSP a.s., PKP Energetyka S.A., Thales Polska Sp. z o.o., ul. Kępińska 2, 51-132 Wrocław** tytułem należnego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej - rozpatrując odwołanie wniesione przez Odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Strabag Rail Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o, VIAMONT DSP a.s., PKP Energetyka S.A., Thales Polska Sp. z o.o. i złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 272 na odcinku Środa Wlkp. - Kórnik od km 166,653 do km 181,781 w ramach zadania pn.: „Wymiana nawierzchni wraz z robotami towarzyszącymi na stacjach i szlakach w torze nr 1 linii kolejowej nr 272 Kluczbork - Poznań od km 131,500 do km 181,781”, wszczętym przez Zamawiającego tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - stwierdził, że zaistniała przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, przewidziana w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „Prawem zamówień publicznych” albo „Ustawą”.

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 245-425781. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. W dniu 13 marca 2014 r. Zamawiający przekazał Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) pięciu wykonawcom.

W dniu 28 marca 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie (oznaczone sygn. akt KIO 628/14) wobec postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 3 Ustawy - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych oraz pochodzenia i naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
3. art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez wskazania na możliwość zaoferowania urządzeń sterowania ruchem kolejowym równoważnych

opisywanym oraz bez opisanie kryteriów równoważności, a tym samym bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie prawidłowej oferty.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz jej załączników, w szczególności projektu budowlanego i wykonawczego, w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami Prawa zamówień publicznych, tj. w szczególności poprzez usunięcie nazw własnych produktów, elementów urządzeń oraz rozwiązań im dedykowanych z Projektu budowlanego i wykonawczego (wymieniono szczegółowo wszystkie kwestionowane postanowienia tych dokumentów) oraz zmianę wszystkich rysunków i usunięcie nazw własnych z projektów budowlanych i wykonawczych będących częścią dokumentacji projektowej w taki sposób aby nie sugerowały konkretnego rozwiązania.

Ewentualnie wnosił o przyznanie dodatkowego czasu oraz wynagrodzenia dla Wykonawcy, z uwagi na konieczność dokonania modyfikacji w projektach budowlanym i wykonawczym w sposób umożliwiający zabudowę urządzeń innych niż wskazanych w tych projektach, lub wydzielenie projektowania do osobnego postępowania.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2014 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty sformułowane w treści odwołania. Załączył zmianę treści SIWZ (którą to zmianę doręczono wszystkim wykonawcom, co nie było sporne): „W przypadku użycia w SIWZ (w tym w Projekcie budowlanym i Projektach wykonawczych) znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, np. nazw własnych produktów i elementów urządzeń im dedykowanych dopuszcza się produkty równoważne o zbliżonych cechach i parametrach spełniających tą samą funkcję i dopuszczonych do stosowania przez Urząd Transportu Kolejowego”.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, iż ziszczy się przesłanki do umorzenia postępowania, na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych i w dniu 9 kwietnia br. wydano postanowienie sygn. akt KIO 628/14.

Następnie w dniu 18 kwietnia br. (oznaczone sygn. akt KIO 775/14) wniósł kolejne odwołanie w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tymże odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 186 ust. 2 Ustawy, poprzez zaniechanie wykonania czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem

Odwołującego zawartym w poprzednim odwołaniu. W konsekwencji wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu.

Odwołujący uzasadniał swój interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazuje, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem zaniechanie wykonania przez Zamawiającego czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem Odwołania utrudnia mu złożenie prawidłowej i zgodnej z wymaganiami Zamawiającego oferty. W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie w Postępowaniu uzyskać. Brak dokonania przez Zamawiającego prawidłowej modyfikacji SIWZ może doprowadzić do sytuacji, w której oferta Odwołującego może być nieporównywalna do ofert innych wykonawców, w związku z czym utraci on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym oczekiwany zysk z realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzuty podniesione w odwołaniu argumentował modyfikacją SIWZ dokonana przez Zamawiającego w dniu 2 kwietnia 2014 roku, nie może być uznana za zgodną z żądaniami odwołania.

Podkreślał, że w Odwołaniu (sygn. akt KIO 628/14) Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników, w szczególności projektu budowlanego i wykonawczego w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 3 oraz 29 ust. 2 Ustawy Prawa zamówień publicznych. W szczególności Odwołujący wskazał na konieczność usunięcia nazw własnych produktów, elementów urządzeń oraz usunięcia rozwiązań im dedykowanych ze wskazanych dokumentów projektowych. Odwołujący żądał także zmiany wszystkich rysunków i usunięcia nazw własnych z projektów wykonawczych i budowlanych będących częścią dokumentacji projektowej w taki sposób, aby nie sugerowały konkretnego rozwiązania.

Wskazywał, że jak wynika wprost z uzasadnienia zawartego w Odwołaniu, Odwołujący wnosił o dokonanie takich modyfikacji SIWZ, które doprowadzałyby projekt budowlany i wykonawczy do takiego stanu, który umożliwiłby złożenie oferty wszystkim zainteresowanym wykonawcom, spełniającym warunki udziału w Postępowaniu, na równych zasadach (tj. w oparciu o samą dokumentację postępowania, bez konieczności uwzględnienia dodatkowych prac projektowych na etapie realizacji umowy oraz ich kosztów). Tym samym, zgodnie z żądaniem Odwołania, Odwołujący oczekiwał od Zamawiającego modyfikacji projektu budowlanego i wykonawczego poprzez usunięcie z nich treści, które

wskazywały na konkretne rozwiązanie techniczne. Dotyczy to więc zarówno nazw własnych produktów i urządzeń, jak i rozwiązań im dedykowanych. Tak zmiana opisu przedmiotu zamówienia doprowadziłaby do sytuacji, w której wszyscy wykonawcy, na równych warunkach (bez konieczności kosztownej modyfikacji projektu), mogliby przystąpić do postępowania.

Zamawiający poprzestał jedynie na zmodyfikowaniu SIWZ poprzez dodanie zapisu „W przypadku użycia w SIWZ (w tym w Projekcie Budowlanym i Projektach Wykonawczych) znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, np. nazw własnych produktów i elementów im dedykowanych dopuszcza się produkty równoważne o zbliżonych cechach i parametrach spełniających tą samą funkcję i dopuszczonych do stosowania przez Urząd Transportu Kolejowego”.

Zmiana ta nie jest wystarczająca do uznania, iż Zamawiający spełnił żądanie wynikające z Odwołania, zgodnie z powyższym opisem. Zamawiający, nie usuwając z projektu wykonawczego i budowlanego rozwiązań dedykowanych dla wskazanego z nazwy sprzętu, w dalszym ciągu nie doprowadził do sytuacji, w której wszyscy wykonawcy będą równo traktowani. Samo umożliwienie zaoferowania produktów równoważnych, wobec utrzymania takiej formy projektu budowlanego i wykonawczego, spowoduje, iż wykonawcy, w tym Odwołujący, będą zmuszeni do samodzielnej modyfikacji tych dokumentów (wprowadzenia własnych rozwiązań dedykowanych do oferowanych urządzeń), a tym samym ich oferty będą nieporównywalne do oferty wykonawcy preferowanego przez Zamawiającego - będą musieli wykonać prace polegające na modyfikacji projektów.

Zamawiający, dokonując modyfikacji SIWZ niepolegającej na zmianie projektów, nie odniósł się również do żądania ewentualnego z Odwołania. Odwołujący wnosił o zapewnienie dodatkowego czasu i wynagrodzenia, w przypadku, kiedy to na wykonawcy będzie spoczywać obowiązek zmodyfikowania projektów. Takich zapisów Zamawiający nie wprowadził. Zamawiający nie podjął też decyzji o wydzieleniu projektowania do odrębnego postępowania.

Reasumując należy niewątpliwie stwierdzić, iż Zamawiający nie wykonał wprost żądań wynikających z Odwołania, w szczególności nie zmodyfikował dokumentacji projektowej poprzez usunięcie nazw własnych i rysunków wskazujących na konkretne rozwiązania. Zdaniem Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ nie odpowiada żądaniom zawartym w Odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba z urzędu dopuściła dowód z akt postępowania sygn. akt KIO 628/14.

Na posiedzeniu z udziałem stron, Odwołujący, w odpowiedzi na pytanie przewodniczącej, dlaczego, skoro żądał usunięcia nazw własnych produktów, elementów urządzeń oraz rozwiązań im dedykowanych z dokumentów wymienionych w odwołaniu KIO 628/14, nie satysfakcjonuje go zmiana SIWZ, wyjaśnił, że nie tylko zarzucał Zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ale dalej zarzucał również naruszenie art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przez sugerowanie konkretnego rozwiązania, dlatego wnosił o zmianę wszystkich rysunków i usunięcie nazw własnych z projektów budowlanych i wykonawczych, będących częścią dokumentacji projektowej w taki sposób, aby nie sugerowały konkretnego rozwiązania.

Izba z urzędu bada, czy zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania. W okolicznościach niniejszej sprawy, Izba m.in. badała, czy rozpatrywane odwołanie dotyczy czynności, która Zamawiający, po uwzględnieniu odwołania, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Nie można w tym miejscu nie zauważyć, że ustawodawca, likwidując instytucje protestu, nie uregulował w sposób kompleksowy uwzględnienia odwołania przez instytucje zamawiające, dlatego Izba, badając dopuszczalność drogi odwoławczej dla rozpatrywanego odwołania, musiała odpowiedzieć na szereg pytań i wątpliwości.

W pierwszym odwołaniu sygn. akt KIO 628/14 Odwołujący domagał się usunięcia nazw własnych z projektów (budowlanych i wykonawczych, z części opisowej i rysunków) Ewentualnie wnosił o przyznanie dodatkowego czasu oraz wynagrodzenia dla Wykonawcy, z uwagi na konieczność dokonania modyfikacji w projektach budowlanym i wykonawczym w sposób umożliwiający zabudowę urządzeń innych niż wskazanych w tych projektach, lub wydzielenie projektowania do osobnego postępowania.

W ocenie Izby, żądanie ewentualne zawarte w odwołaniu należy traktować analogicznie, jak żądanie ewentualne w postępowaniu cywilnym – roszczenia ewentualne powód zgłasza na wypadek, gdyby sąd nie uwzględnił roszczenia, które zostało zgłoszone na miejscu pierwszym. Sąd rozstrzyga o żądaniu ewentualnym jedynie wówczas, gdy oddalone zostało żądanie, które zgłoszono we wcześniejszej kolejności. Dlatego, jeżeli Zamawiający uwzględnił pierwsze żądanie odwołania, to Odwołujący musi się pogodzić z tym, że drugie żądanie zostało pominięte.

Podstawową kwestią, którą Izba musiała rozstrzygnąć, to wątpliwość, czy Zamawiający wykonał czynność (zmianę SIWZ z 2 kwietnia 2014 r.) zgodnie z żądaniem Odwołującego. Odwołujący nie kwestionował okoliczności, że Zamawiający uwzględnił wszystkie zarzuty odwołania sygn. akt KIO 628/14, a jedynie podnosił, że nie wykonał czynności zgodnej „wprost” z żądaniami odwołania.

Sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania zauważał, że Zamawiający „nie wykonał wprost” żądań wynikających z Odwołania. Można zatem wnosić, że nawet Odwołujący dostrzega, że w jakimś stopniu Zamawiający uwzględnił jego żądania, jednak „nie wprost”. Zasadnicze zatem jest pytanie, co oznacza wymóg z art. 189 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych wykonania czynności „zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu” – czy jeśli zarzuty są trafne, a żądania np. niemożliwe do uwzględnienia, bądź zgodne z przepisami będzie tylko częściowe zaspokojenie żądań, to czy uwzględnienie zarzutów przy jednoczesnym częściowym uwzględnieniu żądań („nie wprost”) będzie mogło być uznane za „prawidłowe” i uzasadniało odrzucenie kolejnego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych?

Na tak postawione pytanie w niniejszym stanie faktycznym Izba odpowiedziała twierdząco.

Odwołujący nie skorelował zarzutów pierwszego odwołania (sygn. akt KIO 628/14) z żądaniami. Zarzucał naruszenie art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (brak możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych), a żądał zasadniczo jedynie usunięcia nazw własnych produktów, elementów urządzeń oraz rozwiązań im dedykowanych z Projektu budowlanego i Projektów wykonawczych, stanowiących załączniki do SIWZ. Nie zaproponował, jakie postanowienia należy wprowadzić w miejsce usuniętych nazw własnych. Wzmiankował jedynie, że w SIWZ brak „opisania kryteriów równoważności”, jednak nie żądał ich określenia. Jednocześnie w uzasadnieniu odwołania wielokrotnie akcentował konieczność dopuszczenia rozwiązań równoważnych - „w dokumentacji projektowej brak jest jakichkolwiek zapisów wskazujących na dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych opisanym. Zauważyć tymczasem należy, że na rynku polskim oferowanych jest wiele urządzeń sterowania ruchem kolejowym (dalej: „urządzenia srk”) konkurencyjnych w stosunku do wskazanych w dokumentacji budowlanej i wykonawczej. Urządzenia takie, jakkolwiek mogą różnić się niektórymi parametrami, to jednak w zasadniczej mierze posiadają funkcjonalność zapewniającą zaspokojenie potrzeb zamawiającego w równym stopniu, co wskazane wprost w projekcie budowlanych urządzenia produkcji Frauscher Polska Sp. z o.o., Zakłady Automatyki Kombud SA oraz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. W świetle postanowienia art. 29 ust. 3 takie urządzenia należy uznać za

równoważne.”.

W takim kontekście wydaje się, że uwzględnienie żądań Odwołującego w całości nie było możliwe, bowiem nie można zmienić projektów w postulowany przez niego sposób – usunięte nazwy własne należałoby zastąpić czymś innym (opisem). Gdyby Izba rozstrzygała merytorycznie o żądaniach odwołania sygn. akt KIO 628/14, to nie mogłaby orzec zgodnie z żądaniem (dotyczy to również żądań odwołania sygn. akt KIO 775/14) – bowiem Izba nie mogłaby samodzielnie wykreować treści SIWZ i usuniętych postanowień zastąpić innymi, w szczególności, jeżeli ich treści nie zaproponowano. Generalny nakaz „doprowadzenia SIWZ do zgodności z przepisami” mógłby nie być egzekwowalny. Z tych powodów wydaje się, że Zamawiający wybrał prawidłowe rozwiązanie – dopuścił zaoferowanie urządzeń równoważnych. W takich okolicznościach Izba uznała, że Zamawiający zmienił SIWZ zakwestionowaną odwołaniem sygn. akt KIO 628/14 zgodnie z żądaniem, dlatego odwołanie sygn. akt KIO 775/14, jako w istocie dotyczące tej samej czynności, co odwołanie sygn. akt KIO 628/14 podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że Odwołujący argumentując odwołanie sygn. akt KIO 775/14 akcentuje właściwie jedynie okoliczność, że to wykonawcy będą zmuszeni do samodzielnej modyfikacji projektów, z czym wiążą się dodatkowe koszty. Taki argument nie zasługuje na aprobatę, ponieważ koszt zaoferowania urządzeń równoważnych nie może dodatkowo obciążać Zamawiającego; wykonawca chcący zaoferować urządzenia równoważne musi się godzić z jego poniesieniem.

Jedynie wątpliwości może budzić, że nadal w SIWZ (po modyfikacji z 2 kwietnia 2014 r.) brak bez opisanie kryteriów równoważności. Skoro Odwołujący jednak nie żądał opisanie kryteriów równoważności w żądaniach pierwszego odwołania, nie można obecnie twierdzić, że Zamawiający modyfikując SIWZ nie dokonał jej zgodnie z żądaniem.

Izba, mimo wniosku, nie zasadziła zwrotu kosztów zastępstwa Zamawiającemu, ponieważ pełnomocnik Zamawiającego nie złożył do akt sprawy żadnych rachunków.

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