

Sygn. akt KIO 730/16

WYROK
z dnia 23 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **6 maja 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **Vossloh Skamo Sp. z o.o. z siedzibą w Nowych Skalmierzycach** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale

- A) wykonawcy **PLASTWIL Sp. z o.o. z siedzibą w Ujściu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**;
- B) wykonawcy **Wytwórnia Podkładów Strunobetonowych „STRUNBET” Sp. z o.o. z siedzibą w Bogumiłowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**;
- C) wykonawcy **Track Tec S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**;

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Vossloh Skamo Sp. z o.o. z siedzibą w Nowych Skalmierzycach**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Vossloh Skamo Sp. z o.o. z siedzibą w Nowych Skalmierzycach**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Vossloh Skamo Sp. z o.o. z siedzibą w Nowych Skalmierzycach** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 730/16

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków-Lublin Północny na odcinku Łuków-Parczew w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa-Dorohusk na Odcinku Warszawa-Otwock-Dęblin-Lublin”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16.03.2016 r. pod nrem 2016/S -053-089637.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 21.04.2016 r. o zmianie SIWZ.

Wykonawca Vossloh Skamo Sp. z o.o. z siedzibą w Nowych Skalmierzycach, ul. Kolejowa 18A, 63-460 Nowe Skalmierzyce, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 2.05.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), która to zmiana wynika z odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców, które to odpowiedzi zostały opublikowane 21.04.2016 r., na stronie internetowej zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 2 oraz 3 Pzp przez wskazanie konkretnych typów przekładek podszynowych i zaniechanie użycia wyrazów „lub równoważny” – odpowiedź na pytanie 34;
- 2) art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 Pzp przez naruszenie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności, za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskim Norm przenoszących normy europejskie – odpowiedzi na pytania 35 i 42.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;

- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ w następujący sposób:
 - a) dopuszczenie do zastosowania przekładek podszynowych równoważnych wskazanym przez zamawiającego przekładkom typu PKW60 i PWE60, w szczególności dopuszczenie przekładek podszynowych typu PKV,
 - b) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obligujący do stosowania składników interoperacyjności tj. w szczególności całego, kompletnego systemu przytwierdzenia, a nie poszczególnych jego elementów, z uwzględnieniem Polskich Norm;
- 3) przeprowadzenie na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia dowodów z dokumentacji postępowania zwłaszcza SIWZ, pytań wykonawców i odpowiedzi zamawiającego, a ponadto:
 - a) certyfikatu Instytutu Kolejnictwa,
 - b) wyciągu z aprobaty technicznej AT/07-2015-0201-01, str. 3 i 5,
 - c) wydruku ze strony internetowej odwołującego;
- 4) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;
- 5) rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym z uwagi na szczególną zawilość i precedensowy charakter sprawy, wynikający z konieczności stosowania przepisów specjalistycznej dziedziny prawa, w tym prawa wspólnotowego, w zakresie interoperacyjności systemu kolei.

Argumentacja odwołującego

Czynność zamawiającego

21.04.2016 r. zamawiający udzielił i umieścił na swojej stronie internetowej odpowiedzi na 58 pytań wykonawców, które to pytania zostały zadane do SIWZ. Wśród nich znajdują się następujące:

Pytanie nr 34:

„Jakie typy przekładek podszynowych dopuszcza do zastosowania zamawiający?

Prosimy o wskazanie typów przekładek”.

Odpowiedź na pytanie nr 34

„Zamawiający dopuszcza do zastosowania przekładki podszynowe typu PKW60 i PWE60”.

Pytanie nr 35:

„Czy zestaw mocowania łapka SB + wkładka WKW60 + przekładka PKW6oK oraz zestaw mocowania łapka SB + wkładka WKW60 + przekładka PKW6oA1, powszechnie

stosowane przy pracach modernizacyjnych i remontowych na sieci PKP PLK S.A., spełnia wg zamawiającego wymogi SIWZ i TSI?”. (Techniczne Systemy Interoperacyjności)

Odpowiedź na pytanie nr 35:

„Wymienione w zapytaniu zestawy elementów systemu przytwierdzenia stanowią standardowy, najbardziej rozpowszechniony w torach PKP PLK S.A. układ elementów mocowania szyn, dopuszczony do eksploatacji jeszcze przez Głównego Inspektora Kolejnictwa w świadectwie nr B/2001/0052, wydanym dla Dyrekcji Infrastruktury Kolejowej na „nawierzchnię kolejową z szyn typu UIC60/S60 dla torów klasycznych lub bezстыkowych na podkładach strunobetonowych z przytwierdzeniem bezpośrednim sprężystym typu SB”. Pomimo wątpliwości co do spełnienia przez ten układ elementów systemu wszystkich wymogów normy europejskiej na system przytwierdzenia, zamawiający chce nadal stosować ten zestaw elementów mocowania szyn z uwagi na jego bardzo dobrą trwałość przy jednocześnie małej sztywności węzła. Podstawą dla takiego dopuszczenia tego systemu do dalszej zabudowy na torach jest przewidziany w Rozporządzeniu Komisji (UE) nr 1299/2014 o TSI podsystemu »Infrastruktura« okres przejściowy, do 31 maja 2021 roku, dla podsystemów zawierających składniki interoperacyjności, które nie są objęte deklaracją zgodności WE lub deklaracją przydatności do użytku WE, a które były używane w podsystemie już zatwierdzonym i oddanym do eksploatacji jeszcze przed wejściem w życie TSI z ww. Rozporządzenia”.

Pytanie nr 42:

„Mając na uwadze wymóg z pkt 3 ust. 2 SIWZ złożenia dokumentów potwierdzających zgodność produktu z warunkami technicznymi wykonania i odbioru, przyjętymi do stosowania w PKP PLK S.A., jako dokumenty serii Id oraz fakt, że system przytwierdzenia objęty jest następującymi dokumentami normatywnymi PKP PLK S.A.:

- a) Id 109 – Warunki Techniczne wykonania i odbioru łapek sprężystych i sprężyn przytwierdzających szyny do podkładów i podrozdnic (WTWiO ILK3d-5183-5-2007 E.P.),
- b) Warunki Techniczne wykonania i odbioru elementów z tworzyw sztucznych stosowanych w nawierzchni kolejowej (ILK2-5185/1/2000),
- c) Warunki Techniczne wykonania i odbioru odlewu kotwy SBB/3 uzgodnione przez Centrum Naukowo Techniczne Kolejnictwa oraz Głównego Inspektora Kolejowego Dozoru Technicznego – zatwierdzone decyzją Dyrektora Wydziału Linii Kolejowych w Dyrekcji Infrastruktury Kolejowej nr CILK2-518-3/1/99/JW (z 29 stycznia 1999 r.)

– czy ww. w punktach b i c warunki techniczne wykonania i odbioru należy uznać jako dokumenty serii Id (żadne dokumenty serii Id nie opisują poszczególnych elementów systemu przytwierdzenia poza wskazanymi)?”.

Odpowiedź na pytanie nr 42:

„Aktualnie, jako warunki techniczne serii Id obowiązują w PKP PLK S.A. w zakresie systemu przytwierdzenia, jedynie warunki „Id-109 Warunki techniczne wykonania i odbioru łapek sprężystych i sprężyn przytwierdzających szyny do podkładów i podrojazdnic nr ILK3d-5183-5/2007 E.P.”.

Jako »inne, uznane przez PKP PLK S.A. dokumenty odniesienia« należy aktualnie rozumieć »Warunki techniczne wykonania i odbioru elementów z tworzyw sztucznych stosowanych w nawierzchni kolejowej nr ILK2-5185/1/2000» oraz »Warunki techniczne wykonania i odbioru odlewu kotwy SB3/3 nr CILK2-518-3/1/99/JW”.

Indywidualne WTWiO producentów, uzgodnione przez PKP PLK S.A. dla mocowań szyn w normalnej eksploatacji, posiadają aktualnie:

- wykonawca PLASTWIL z Ujścia na system przytwierdzenia SB W1 (z przekładką podszynową PWE),
- wykonawca PLASTWIL z Ujścia na system przytwierdzenia SB W3 (z przekładką PWE, wkładką WIW i łapką sprężystą SB-8),
- wykonawca Metalpol Węgierska Górka na kotwy SB3/M, SB3/3, SB3/P, SB3/N, SB3/T, SB3/ICONSTRUN, z 28.10.2013 r.,
- wykonawca PLASTWIL z Ujścia na kotwy typu SB3/3 i SB3/4”.

W ten sposób zamawiający dokonał istotnej zmiany SIWZ polegającej na ograniczeniu zakresu możliwych do zaoferowania w postępowaniu przekładek podszynowych, określił przedmiot zamówienia jako poszczególne elementy systemu przytwierdzenia, a także zdefiniował wymagania techniczne dla poszczególnych elementów systemu przytwierdzenia, a nie całego systemu przytwierdzenia, do którego odnoszą się konkretne normy.

Zmiana SIWZ może nastąpić w sposób wyraźny – w przedmiotowym postępowaniu zamawiający już dokonał tego trzykrotnie tj. 08.04.2016 r., 19.04.2016 r. oraz 26.04.2016 r. Może też nastąpić w sposób dorozumiany.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 16 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1648/11 „wszystkie odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści SIWZ są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. Odpowiedzi te ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację. Art. 38 ust. 4 Pzp wskazuje na uprawnienie zmiany przez zamawiającego treści SIWZ po jej publicznym ogłoszeniu, a to, czy zmiana taka została dokonana, ocenia się nie przez oficjalne powołanie się na ten przepis, lecz ocenę faktyczną oświadczeń złożonych przez zamawiającego. Zatem możliwe

jest, aby zamawiający dokonał zmiany SIWZ, o której mowa w art. 38 ust. 4 Pzp odpowiadając na pytania wykonawców – nie są to instytucje rozłączne i wyłączające się nawzajem”. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej treści nowego znaczenia, mamy do czynienia ze zmianą treści specyfikacji (zob. wyrok z 31 marca 2014 r., sygn. akt KIO 503/14”.

Odpowiadając na pytanie 34 zamawiający dopuścił do zastosowania wyłącznie dwa typy przekładek podszynowych, tj. PKW60 i PWE60. Poprzednio w SIWZ wymogi zamawiającego w przedmiotowym zakresie określone zostały następująco: „Elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu (dotyczy to typu przekładki podszynowej)”. Po zmianie SIWZ z 08.04.2016 r. wymagania te określono następująco „Elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu”.

Oznacza to, że zamawiający dokonał istotnej zmiany SIWZ przez znaczące ograniczenie zakresu możliwych do zaoferowania produktów.

Tymczasem w obrocie oprócz przekładek podszynowych PKW60 i PWE60, znajdują się także inne przekładki podszynowe. Wśród nich jest przekładka podszynowa PKV, występująca w dwóch odmianach tj. 6093 i 6094. Spełnia ona wszelkie wymagania dotyczące stosowania w budownictwie kolejowym. Przekładka ta odpowiada (może być stosowana), zarówno w przypadku podkładów strunobetonowych typu PS93, jak i PS94, których dostawy żąda zamawiający.

Odwołujący jest jednym z podmiotów, na którego wniosek Instytut Kolejnictwa udzielił temu produktowi aprobaty technicznej.

Dowód: – Certyfikat Instytutu Kolejnictwa – wyciąg z aprobaty technicznej AT/07-2015-0201-01

Art. 29 ust. 2 Pzp zawiera zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Celowi temu ma służyć wskazany w art. 29 ust. 3 Pzp zakaz opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Odpowiedź zamawiającego na pytanie 34, w sposób oczywisty narusza te przepisy. Wskazuje bowiem konkretny typ przekładki podszynowej i nie zawiera określenia „lub równoważny”. W konsekwencji prowadzi to do wyeliminowania z zakresu dostaw w postępowaniu przekładki podszynowej PKV oferowanej przez odwołującego, w ramach systemu przytwierdzenia SB4VK.

W udzielonej na pytanie 35 odpowiedzi zamawiający stwierdza, że wymienione w pytaniu 35 elementy, tj. łapka SB, wkładka WKW60 i przekładka PKW60K oraz zestaw mocowania łapka SB, wkładka WKW60, przekładka PKW60A1 są dopuszczone do eksploatacji na podstawie świadectwa nr B/2001/0052, wydanego na nawierzchnię kolejową z szyn UIC60/S60 dla torów klasycznych. Zamawiający dopuszcza je do stosowania, a więc stwierdza, że spełnia to warunki przetargu. Ponadto zamawiający stwierdza, że podstawą dla dopuszczenia tych elementów jest rozporządzenie Komisji (UE) nr 1299/2014, w którym to przewidziano okres przejściowy do 31 maja 2021 r. dla podsystemów zawierających składniki interoperacyjności, które nie posiadają deklaracji zgodności WE lub deklaracji przydatności do użytku WE, a które były używane w podsystemie już zatwierdzonym i oddanym do eksploatacji jeszcze przed wejściem w życie ww. rozporządzenie Komisji (UE) nr 1299/2014.

Należy stwierdzić, że zasady dopuszczenia do stosowania systemu przytwierdzeń zostały określone w Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności dla podsystemu infrastruktura. Pierwotnie była to decyzja KE 2011/275/UE, a następnie decyzja KE 1299/2014/UE, w których to w ramach podsystemu Infrastruktura, na podstawie dyrektywy 2008/57/WE (wprowadzonej do systemu prawnego w Polsce przez ustawę o transporcie kolejowym), wyodrębniono trzy elementy o strategicznym znaczeniu – składniki interoperacyjności – tj. szynę, podkład i system przymocowania. Dla tych składników przewidziano specjalną procedurę dopuszczenia, przez stosowanie odpowiednich modułów oceny CA oraz CH wskazanych w TSI, a opisanych w decyzji 2010/713/WE. Na podstawie opisanej certyfikacji producent wprowadzający produkt na rynek uzyskuje certyfikat (gdy wymaga tego moduł) i wystawia deklaracje zgodności WE.

Zamawiający wyraźnie określił w przedmiocie zamówienia rodzaje podkładów PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB. Określenie komplet przytwierdzeń systemu jest określeniem niezgodnym z przywołanymi przepisami rozporządzenie Komisji (UE) nr 1299/2014, w którym w pkt 5.2 „Wykaz składników interoperacyjności”, wymienia się szyny, systemy przytwierdzeń i podkłady.

W pkt 5.3.2 „Systemy przytwierdzeń” zapisano:

System przytwierdzeń musi spełniać wymagania określone w pkt 4.2.6.1 w odniesieniu do „Wytrzymałości toru na obciążenie pionowe”, pkt 4.2.6.2 w odniesieniu do „Wzdłużnej wytrzymałości toru” oraz w pkt 4.2.6.3 w odniesieniu do „Poprzecznej wytrzymałości toru”. Wszystkie te wymagania muszą być potwierdzone dla systemu jako całości, nie dopuszcza się określenia tych wymagań jako wielkości parametrów poszczególnych elementów systemu (badany i dopuszczony musi być system przytwierdzeń).

Z komentarzem [KM1]:

W odpowiedzi na pytanie nr 35 zamawiający stwierdził, że elementy te były stosowane i się sprawdziły, co jest niezgodne z warunkami określonymi powyżej, tzn. że tylko potwierdzone parametry całego systemu mogą być podstawą do wydania deklaracji zgodności WE, a wcześniej uzyskania certyfikatu WE, wydanego przez jednostkę notyfikowaną. Żadna ocena poszczególnych elementów systemu przytwierdzenia nie może być podstawą dopuszczenia systemu przytwierdzeń jako całości konstrukcji.

Należy również zwrócić uwagę, że pomimo tego, że Decyzje i Rozporządzenia ogłaszane przez Unię Europejską obowiązują kraje członkowskie, to warunki dopuszczenia mocowania szyn, jako systemów przytwierdzeń, zostały potwierdzone w rozporządzeniach krajowych wydanych na podstawie ustawy o transporcie kolejowym.

Zamawiający w odpowiedzi 35 próbuje obejść ten wymóg, tj. związany z certyfikacją składnika interoperacyjności stwierdzając, że w Rozporządzeniu nr 1299/2014 r. wprowadza się okres przejściowy do 31 maja 2021 r., tj. 10 lat od wejścia w życie pierwszego TSI Infrastruktura – (Decyzja KE 20/275/UE) dla podsystemów zawierających składniki interoperacyjności, które nie są objęte deklaracją zgodności WE lub deklaracją przydatności do użytku WE, które były używane w podsystemie już zatwierdzonym i oddanym do eksploatacji jeszcze przed wejściem TSI.

Rzeczywiście okres przejściowy został wprowadzony w TSI Infrastruktura i w okresie tym można stosować składniki interoperacyjności nieposiadających deklaracji WE, a posiadające odpowiednie dopuszczenie krajowe, a więc świadectwo typu na system przymocowania. Składniki takie po zakończeniu okresu przejściowego zostaną objęte wymogiem posiadania deklaracji zgodności WE.

Zamawiający odwołuje się do świadectwa typu na B/2001/0052 z 7 marca 2001 r. wydanego jako dopuszczenie do eksploatacji budowli przeznaczonej do prowadzenia ruchu pociągu.

W nazwie ww. typu określono: „Nawierzchnia kolejowa z szyny typu UIC60/S60 dla torów klasycznych lub bezстыkowych na podkładach strunobetonowych z przytwierdzeniem bezpośrednim sprężyny typu SB”. Świadectwo to nie jest wydane na system przytwierdzeń, czyli składnik interoperacyjności nie może być podstawą do dopuszczenia do stosowania wymienionych w odpowiedzi elementów. Ponadto w zamówieniu na dostawę szyn określono typ 60 E1 , a w świadectwie typu mamy szynę UIC60/S60.

W wyniku udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, doszło do zmiany SIWZ polegającej na odmiennym określeniu systemu przytwierdzenia. O ile przed zmianą był to system przytwierdzenia obejmujący system jako całość, a jego składniki i podanie ich liczby miało charakter wyjaśniający, to po zmianie albo przez zmianę SIWZ zamawiający jednoznacznie wskazał, że przedmiotem zamówienia są poszczególne elementy systemu przytwierdzenia. Takie działanie narusza wskazane ww. przepisy szczególne, a także art. 29 ust. 1 Pzp, z którym zgodnie zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Takimi wymaganiami są bez wątpienia przepisy dotyczące systemu interoperacyjności na kolei, które wymagają by stosować odpowiednio przebadany system przytwierdzeń jako całość, a nie jego poszczególne elementy.

Podobnie rzecz się ma z odpowiedzią na pytanie 42, gdzie zamawiający wyjaśnił pojęcie „Warunki techniczne wykonania i odbioru przyjęte do stosowania w PKP PLK jako dokumenty serii Id” oraz pojęcie „inne uznane przez PKP PLK dokumenty odniesienia”. Z wyjaśnień tych wynika, że zamawiający całkowicie pominął w przedmiotowym zakresie istnienie normy dotyczącej całego systemu przytwierdzeń.

Polskie prawo przewiduje Polską Normę przenoszącą normę europejską, tj. normę PN-EN 13481-2 Kolejnictwo – Tor – Wymagania eksploatacyjne systemów przytwierdzeń – Część 2: Systemy przytwierdzeń do podkładów betonowych, w której są opisane wymagania dotyczące systemów przytwierdzeń. Jest ona zharmonizowana z Dyrektywą 2008/57/WE w sprawie interoperacyjności systemu kolei we wspólnocie wprowadzonej do polskiego prawa przez ustawę o transporcie kolejowym.

Zgodnie z jej treścią, „[...] norma Europejska ma zastosowanie do systemów przytwierdzeń kategorii A-E podanych w EN 13481-1:2012, 3.1, używanych na podkładach betonowych w torze na podsypce o maksymalnym nacisku osi i minimalnym promieniu łuku zgodnie z Tablicą 1. Wymagania mają zastosowanie do: systemów przytwierdzeń mocujących szynę przez stopkę lub szyjkę szyny, w tym do systemów przytwierdzeń bezpośrednich oraz systemów przytwierdzeń pośrednich; systemów przytwierdzeń szyn o przekrojach określonych w EN 13674-1 (z wyjątkiem 49 E4) i w EN 13674-4. Niniejsza norma nie ma zastosowania do systemów przytwierdzeń szyn o innych przekrojach, systemów przytwierdzeń sztywnych lub specjalnych systemów przytwierdzeń używanych w szynowych złączach śrubowych lub złączach klejonych. Niniejsza norma służy do zatwierdzenia typu wyłącznie kompletnego zespołu przytwierdzenia”.

Nie jest więc prawdą stwierdzenie odpowiedzi zamawiającego, że aktualnie jako warunki techniczne serii Id obowiązują w PKP PLK w zakresie systemu przytwierdzenia jedynie

warunki Id-109 Warunki techniczne wykonania i odbioru łapek sprężystych i sprężyn przytwierdzających szyny do podkładów i podrozjezdnic nr ILK3d-5183-5/2007E.P. Warunki te dotyczą bowiem tylko jednego elementu systemu przytwierdzenia, tj. łapek. Należy zaznaczyć, że ww. warunki odnoszą się do elementu składowego systemu przytwierdzenia i pozwalają na wykonanie tylko i wyłącznie jednego z czterech elementów, z którego składa się system przytwierdzenia.

System przytwierdzenia (składnik interoperacyjności), tworzy jedną funkcjonalną, przebadaną i ocenioną na zgodność z odpowiednimi wymaganiami (TSI) całość, która składa się w zależności od zastosowanego rodzaju przytwierdzenia z kilku elementów.

Zamawiający zamierza zweryfikować spełnienia właściwości zestawu wyrobów (a takim jest system przytwierdzenia) przez zweryfikowanie poszczególnych elementów, a nie przez dokonanie weryfikacji całości konstrukcji, która ma być zabudowana w obiekcie budowlanym (podsystem).

Udzielona przez zamawiającego odpowiedź, dokonana zmiana SIWZ, narusza art. 30 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem polskich norm przenoszących normy europejskie.

Odwołujący wskazuje ponadto, że kolejne zmiany SIWZ, w tym zmiana z 26.04.2016 r., nie wnoszą w przedmiotowym zakresie istotnej zmiany. Wskazane zmiany, dokonane przez zamawiającego naruszenia zasad i przepisów Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego wniesienie odwołania jest uzasadnione.

Uzasadnienie interesu odwołującego we wniesieniu odwołania.

Odwołujący jest jednym z producentów systemu sprężystego przytwierdzenia szyn do podkładów betonowych SB4VK, objętego Aprobata Techniczną CNTK AT/09-2009-0200-00. W skład systemu wchodzi: łapka sprężysta SB4, elektroizolacyjna wkładka dociskowa typu WKW, przekładka podszynowa typu PKV6093 i 6094 oraz kotwy żeliwne: SB3/M, SB3/3 lub SB3/P.

Odwołujący od wielu lat dostarcza swoje produkty w znacznych ilościach na rynek kolejowy.

Dowód: wydruk ze strony internetowej odwołującego

Zmiana SIWZ dokonana przez udzielenie odpowiedzi na pytania uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, obejmującego m.in. własne produkty

odwołującego, gdyż zamawiający bezpośrednio (przekładka podszynowa) lub pośrednio, tj. pomijając przepisy wspólnotowe – Dyrektywę 2008/57/WE w sprawie interoperacyjności kolei we wspólnocie (i naruszając tym samym ustawę o transporcie kolejowym, wdrażającą ww. Dyrektywę), nie dopuszcza do ich zaferowania.

Jeżeli zamawiający dokona zmiany SIWZ zgodnie z żądaniem wskazanym powyżej, to odwołujący będzie mógł złożyć ofertę obejmującą własne produkty odwołującego, a więc najtańsze i w konsekwencji z ceną najkorzystniejszą dla zamawiającego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 02.05.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 02.05.2016 r. (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

05.05.2016 r. wykonawca Track Tec S.A. z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

05.05.2016 r. wykonawca Strunbet z siedzibą w Bogumiłowicach złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Ponadto Izba oparła wyrok na dowodzie złożonym przez odwołującego pismo

zamawiającego do odwołującego z 30.11.2012 r. na wykazanie, że zamawiający w pełni akceptuje system oferowany przez odwołującego z danym typem przekładki.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 29 ust. 2 oraz 3 Pzp przez wskazanie konkretnych typów przekładek podszynowych i zaniechanie użycia wyrazów „lub równoważny” w odpowiedzi na pytanie 34 – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wskazał w odpowiedzi na pytanie 34, że cyt. »Zamawiający *dopuszcza do zastosowania przekładki podszynowe typu PKW60 i PWE60*« i w tej odpowiedzi zamawiający nie dopuścił możliwości składania oferty na przedmioty równoważne, co zdaniem odwołującego stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 Pzp, który brzmi »Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”«.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że w ust. 6.5.1 pkt 1 lit. b TSI wskazano warunek, że zamawiający dopuści składniki, które były używane już w podsystemie eksploatowanym, a więc w torze eksploatowanym, stąd w wymaganiach zamawiającego wykluczono dopuszczenie innych elementów badanych dopiero na poligonach. Jedynymi przekładkami podszynowymi eksploatowanymi wcześniej były przekładki typu PKW60 i PWE60, co wynika ze stanowiska zamawiającego, które zamawiający podtrzymał na rozprawie. Odwołujący nie wykazał, niezasadności takiego stanowiska.

Izba stwierdza, że pusty, niczemu niesłużący formalizm nie może wziąć góry w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych. Dlatego nie można wymagać wpisywania przez zamawiającego do dokumentacji dozwolenia składania oferty na przedmioty równoważne, gdy takich przedmiotów realnie nie ma.

Podobnie w wyroku KIO z 18 kwietnia 2016 r. sygn. akt 446/16 w tym samym postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego cyt. »Zatem nie jest możliwe wskazanie opisu odnoszącego się do innych produktów referencyjnych, ponieważ takie produkty nie występują, a opis tylko pozornie byłby dopuszczający możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego«.

Dodatkowo Izba stwierdza, że brak innych przedmiotów mogących spełnić uzasadnione wymagania zamawiającego nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji i dlatego wskazanie przez zamawiającego konkretnego przedmiotu czy przedmiotów mogących spełnić

uzasadnione wymogi zamawiającego nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, który brzmi »Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję«.

Ponadto pismo zamawiającego z 30.11.2012 r. nie jest dopuszczeniem innego rodzaju podkładki do zabudowania w torach zamawiającego, zgodnym ze sformalizowaną procedurą, ale jest tylko oceną nie uprawniającą żadnego podmiotu do dopuszczenia innego rodzaju podkładki do zabudowania w torach zamawiającego.

Z tych względów Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 29 ust. 2 oraz 3 Pzp przez wskazanie konkretnych typów przekładek podszynowych i zaniechania użycia wyrazów „lub równoważny”.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 Pzp przez naruszenie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności, za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskim Norm przenoszących normy europejskie – odpowiedzi na pytania 35 i 42 – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w zakresie pytań i odpowiedzi nr 35 i 42 nie nastąpiła zmiana specyfikacji, a jedynie zamawiający konkretnie odpowiedział na konkretnie zadane pytanie cyt. pytanie nr 35 »Czy zestaw mocowania łapka SB + wkładka WKW60 + przekładka PKW60K oraz zestaw mocowania łapka SB + wkładka WKW60 + przekładka PKW60A1, powszechnie stosowane przy pracach modernizacyjnych i remontowych na sieci PKP PLK S.A., spełnia wg zamawiającego wymogi SIWZ i TSI?« i odpowiedź nr 35 cyt. »... zamawiający chce nadal stosować ten zestaw elementów mocowania szyn [...]«. Z tej konkretnej treści odpowiedzi zamawiającego odwołujący wyciągnął niezasadny wniosek, że żaden inny zestaw nie spełni wymagania zamawiającego, czego zamawiający nie wyraził w odpowiedzi. Ponadto odwołujący zarzuca brak określenia naruszenia przez zamawiającego obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności, za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskim Norm przenoszących normy europejskie. Jednak ten stan się nie zmienił w wyniku udzielenia wskazanych odpowiedzi. Stan ten istniał już znacznie wcześniej i dlatego wniesienie odwołania dopiero obecnie musi być potraktowane jako zarzut spóźniony, co w efekcie nie dozwala na rozpoznanie tego zarzutu. Wynika to z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp i art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp brzmi »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«. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi. »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie«.

Analogiczna sytuacja odnosi się do ostatniej części zarzutu dotyczącego pytania i odpowiedzi 42, gdzie zamawiający jedynie wskazał konkretne warunki obowiązujące w postępowaniu, ale na pewno nie dokonał tą czynnością zmiany zakresu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Jednak co najważniejsze stan ten istniał już znacznie wcześniej i dlatego zarzut jako spóźniony należy odrzucić na podstawie wyżej przytoczonych przepisów art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp i art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: