

**Sygn. akt KIO 798/15**

**WYROK**  
**z dnia 30 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Jarosław Rybacki**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2015 r. przez Track Tec KolTram Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Track Tec KolTram Sp. z o.o. w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Track Tec KolTram Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Track Tec KolTram Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa i zabudowa zamknięć nastawnych rozjazdach kolejowych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 kwietnia 2015 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

17 kwietnia 2015 r. Track Tec KolTram Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 2 w zw. z art. 7 ustawy przez:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwa konkurencję w Załączniku nr 1 do SIWZ i Załączniku nr 2 do umowy pkt 2.2 „Cechy charakterystyczne zamknięcia nastawczego”:

- w pkt. 2.2.1. „mechanizm ryglowania zamknięty w szczelnej obudowie (ochrona przed dostępem do części niebezpiecznych o średnicy 1 mm i większej”;
- w pkt. 2.2.2. „obudowa zabezpieczająca mechanizm ryglowania przed zanieczyszczeniem pyłem”;
- w pkt. 2.2.3. „obudowa zabezpieczająca mechanizm ryglowania przez penetracją innych czynników związanych z atmosferą”;
- w pkt. 2.2.5. „bezobsługowe (przegląd i konserwacja min. co 6 miesięcy)”;
- w pkt. 2.2.9. „modularna struktura umożliwiająca szybką wymianę zamknięcia na linii”;
- w pkt. 2.2.10. „sprężysty docisk zamkniętej iglicy na opornicę”.

2. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwa konkurencję w Załączniku nr 1 do SIWZ i Załączniku nr 2 do umowy w pkt 2.4 „Współpraca zamknięcia nastawczego z napędami zwrotnicowymi”:

„Opór przestawiania po zamontowaniu nowego zamknięcia nie może przekraczać wartości dopuszczalnych wyszczególnionych w Instrukcji Id-4 oraz nie powinien przekraczać wielkości oporu przed montażem więcej niż 20% (zapewniając właściwą współpracę układu zwrotnica - istniejący napęd zwrotnicowy)”.

3. w Załączniku nr 3 do formularza oferty, gdzie zamawiający żąda przedłożenia przez wykonawców „Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub

ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował należycie, bądź dalej realizuje, dostawy i zabudowy 200 sztuk zamknięć nastawczych w eksploatowanych już rozjazdach kolejowych”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi przepisami ustawy w szczególności przez:

Ad. 1. Zmianę pkt 2.2. Załącznika nr 1 do SIWZ i Załącznika nr 2 do umowy.

- pkt. 2.2.1. na „mechanizm ryglowania osłonięty (ochrona przed dostępem do części niebezpiecznych)”;
- pkt. 2.2.2 i 2.2.3 na „osłona zabezpieczająca mechanizm ryglowania przed penetracją czynników mogących zakłócić prawidłowe działanie systemu ryglowania lub zmniejszać jego bezpieczeństwo”;
- pkt. 2.2.5 na „przeгляд i konserwacja zgodnie z warunkami producenta” (wykreślić słowo: bezobsługowe)”;
- pkt. 2.2.9 na „budowa zamknięcia umożliwiająca bezproblemową wymianę zamknięcia na linii” (wykreślić słowo: modułarna);
- pkt. 2.2.10 na ”przyleganie zamkniętej iglicy do opornicy zgodnie z obowiązującymi wymogami PLK - instrukcja Id-4” (max. szczelina pomiędzy iglicą a opornicą 1,0 mm).

Ad. 2. Zmianę pkt. 2.4.przez skreślenie zapisu „oraz nie powinien przekraczać wielkości oporu przed montażem więcej niż 20%” (wystarczającym zapisem jest „Opór przestawiania po zamontowaniu nowego zamknięcia nie może przekraczać wartości dopuszczalnych wyszczególnionych w Instrukcji Id-4 (zapewniając właściwą współpracę układu zwrotnica - istniejący napęd zwrotnicowy). ”

Ad. 3. Zmianę treści załącznika nr 3 do formularza oferty na „dostawy 200 sztuk zamknięć nastawczych w rozjazdach kolejowych”.

Odwołujący wnosił również o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż zapisy te jednoznacznie wskazują na Voestalpine Tens sp. z o.o. jako dostawcę, będącego jedynym producentem zamknięć cylindryczno-modułowych spełniających kwestionowane wymagania i posiadającym dopuszczenia PLK. Zauważył, że Standardy Techniczne PLK dopuszczają zamknięcia suwakowe (klamrowe) niewrażliwe na pełzanie jako równoważne rozwiązanie w stosunku do zamknięć cylindryczno-modułowych, jednak odpowiednie postanowienia nie znalazły się w treści SIWZ.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przed otwarciem posiedzenia zamawiający dokonał dwóch zmian SIWZ. 22 kwietnia 2015 r. uwzględnił zarzut opisany w pkt 2 odwołania, 28 kwietnia 2015 r. zmienił warunki udziału w postępowaniu przez zmniejszenie liczby dostarczonych i zabudowanych zamknięć nastawczych do 50 sztuk.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący wycofał zarzuty w zakresie, w jakim zamawiający uwzględnił odwołanie i podtrzymał dotychczasowe stanowisko w pozostałym zakresie. Zamawiający w ślad za złożoną na posiedzeniu pisemną odpowiedzią na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący będący wykonawcą, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i zarzucający zamawiającemu wadliwe ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i naruszenie konkurencji przy opisie przedmiotu zamówieni spełnił przesłanki wymagane przez art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że wskazanie jako podstawy prawnej art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w sytuacji gdy odwołujący podnosi zarzut wobec warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiało rozpoznanie zarzutu.

Przed wszystkim, wadliwe przypisanie przepisu ustawy do kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego nie daje podstaw do odmowy rozpoznania zarzutu, gdyż samo powołanie podstawy prawnej nie tworzy zarzutu.

Zarzut to substrat okoliczności faktycznych i prawnych. Jeśli są one dostatecznie skonkretyzowane oraz podniesione w terminie ustawowym, zarzut podlega rozpoznaniu. Nie ma wątpliwości co do tego, że odwołujący kwestionuje podmiotowe wymagania zamawiającego.

Art. 22 ust. 4 Pzp nie stanowi jak art. 29 ust. 2 Pzp o niedopuszczalności ograniczenia konkurencji przy opisie sposobu wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednak zamawiający nie może kształtować tych warunków w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień. Wynikające z art. 22 ust. 4 Pzp dyrektywy proporcjonalności i związku warunków z przedmiotem zamówienia oraz obowiązujące w całym toku postępowania o udzielenie zamówienia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp sprzeciwiają się ograniczeniu dostępu do postępowania wykonawcom, którzy są zdolni do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością.

Izba nie zgodziła się również z poglądem, że zmiana w opisie warunku udziału w postępowaniu liczby zamknięć z 200 na 50 powoduje wygaśnięcie sporu między stronami.

Zamawiający pominął, że odwołujący nie kwestionował liczby zamknięć, lecz oblig wykazania dostawy i montażu zamknięć w rozjazdach już eksploatowanych. Spór między stronami nie wygasł zatem przed otwarciem rozprawy, zwłaszcza, że odwołujący nie wycofał zarzutu wobec warunku udziału w postępowaniu.

Izba rozpoznała zatem odwołanie w zakresie wszystkich zarzutów podtrzymanych przez odwołującego i zważyła, że nie zasługuje na uwzględnienie.

Brzmienie kwestionowanych postanowień SIWZ nie jest sporne. Oś sporu stanowi ocena, czy zamawiający kształtując opis przedmiotu zamówienia i warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia nie ograniczył konkurencji w postępowaniu. W pierwszym rzędzie należy się odnieść do eksponowanego w czasie rozprawy ciężaru dowodu.

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie uznała, w ślad za poglądem wyrażanym już w orzecznictwie, że z art. 29 ust. 2 Pzp nie wynika domniemanie ograniczenia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, istniejące dopóki zamawiający nie udowodni twierdzenia przeciwnego. Przywołany przepis nie nakłada jednak na odwołującego obowiązku udowodnienia naruszenia konkurencji, gdyż wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia (wyrok KIO z 6 marca 2014 r., sygn. akt KIO 329/14, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. M. Stręciwilk (red.), Zeszyt 14, teza 71, str. 70). Ma to miejsce wtedy, gdy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty wykonawcom działającym w danym obszarze rynku i nie ma to oparcia w uzasadnionych potrzebach zamawiającego.

W badanym postępowaniu odwołujący nie sprostął ciężącej na nim powinności dowodowej. Jako dowód złożył wyłącznie dokument pod nazwą Warunki Techniczne Wykonania Odbioru Technicznego samoregulującego zamknięcia suwakowego SZS - zamknięcia nastawczego do rozjazdu kolejowego, którego jest producentem. Zamawiający tymczasem odnosząc się do tego dokumentu wskazywał na przewagę zamknięć bezobsługowych wyrażającą się w dłuższym odstępie czasu pomiędzy konserwacją i smarowaniem, lepszym zabezpieczeniem przed wpływami zewnętrznymi, dostępnością danych dotyczących warunków temperaturowych pracy i deklarowanej długości życia produktu, łatwością montażu na linii, brakiem konieczności dokonywania ingerencji w istniejącym rozjeździe i instalowanie ogrzewania zamknięcia, zapewnieniem ochrony środowiska i ułatwioną podatnością na naprawy. Wskazywał ponadto, że zamknięcie cylindryczno-modułowe (bezobsługowe) posiada konstrukcyjny sprężysty docisk iglicy dolegającej do opornicy, który gwarantuje doleganie iglicy. Korzyści jakie zamawiający spodziewa się uzyskać skutkiem zastosowania zamknięć o cechach kwestionowanych przez odwołującego to eliminacja personelu, ochrona środowiska i ograniczenie kosztów.

Odwołujący nie odniósł się do tych argumentów, zatem Izba uznała, że zamawiający ma prawo sięgać do rozwiązań lepiej zaspokajających jego potrzeby o wyższych parametrach technicznych i użytkowych, nie jest natomiast zobowiązany do tego, aby umożliwić złożenie oferty przez każdy podmiot działający w danej branży.

Izba uwzględniła również, że z samego uwzględnienia w Standardach Technicznych PLK zamknięć suwakowych (klamrowych) niewrażliwych na pełzanie nie oznacza, że są to produkty równoważne pod względem użytkowym i technicznym w stosunku do zamknięć cylindryczno-modułowych, a zamawiający jest zobowiązany w każdym postępowaniu mającym za przedmiot zamknięcia dopuszczać oba rozwiązania. Odwołujący nie powołał żadnego postanowienia Standardów Technicznych PLK uzasadniających tą tezę. Izba uznała zatem, że dopuszczenie w tym dokumencie zamknięć suwakowych (klamrowych) niewrażliwych na pełzanie oraz zamknięć cylindryczno-modułowych, nie ogranicza zamawiającego w prawie do sięgania do rozwiązania lepiej zaspokajającego jego potrzeby w danych okolicznościach, zwłaszcza że nie potwierdziła się teza odwołującego, że Voestalpine Tens sp. z o.o. jest jedynym producentem zamknięć cylindryczno-modułowych spełniających kwestionowane wymagania i mogącym ubiegać się o zamówienie w badanym postępowaniu z uwagi na posiadanie dopuszczenia PLK.

Zamawiający odpierając ten zarzut wskazał, że istnieją jeszcze co najmniej dwaj producenci zamknięć cylindryczno-modułowych, mogących ewentualnie spełnić jego wymagania: dt Prostejov (Czechy) oferujący zamknięcia DTZ oraz Amurio (Hiszpania) oferujący zamknięcia CRB. Podniósł ponadto, że oprócz dopuszczenia PLK wykonawca może złożyć również świadectwo dopuszczenia wydane przez Urząd Transportu Kolejowego.

Izba uwzględniła również, że w danym postępowaniu mogą konkurować dostawcy oferujący ten sam produkt. Nie można też pominąć, że w przeszłości sam odwołujący odpowiadając na wymaganie zamawiającego wykonał umowę z uwzględnieniem zamknięcia modułowo-cylindryczne (okoliczność bezsporna).

Uwzględniając wyniki postępowania dowodowego Izba uznała, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie ograniczył możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przez producentów innych niż Voestalpine Tens sp. z o.o.

Wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Izba uznała również, że wymaganie wykazania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia w dostawie i montażu zamknięć w nastawczych w eksploatowanych już rozjazdach kolejowych nie narusza prawa. Warunek ten jest proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia, którym zgodnie z pkt III.1 SIWZ jest dostawa 300 kompletów nowych zamknięć nastawczych,

demontaż starych zamknięć nastawczych i montaż nowych wraz z podłączeniem do napędu. Nie wykazano przy tym, że warunek ten może spełnić wyłącznie Voestalpine Tens sp. z o.o. Twierdzenie odwołującego pozostało całkowicie gołosłowne.

Izba uwzględniła, że zamówienie jest adresowane na rynek europejski a wyniki postępowania odwoławczego nie dają podstaw do twierdzenia, że działające na rynku podmioty inne niż oraz odwołujący nie będą mogły spełnić warunku udziału w postępowaniu. Sam odwołujący stwierdził w odwołaniu, że „zamknięcia suwakowe niewrażliwe na pełzanie innych producentów niż VAE są od lat montowane w nowych rozjazdach montowanych i użytkowanych w torach PLK”.

Izba uznała zatem, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu nie narusza zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Właściwym do rozpoznania skargi jest Sąd Gospodarczy właściwy dla miejsca siedziby zamawiającego, gdyż rozpoznane odwołanie dotyczyło podmiotów gospodarczych występujących zarówno po stronie uprawnionego, jak i zobowiązanego (za postanowieniem Sądu Najwyższego z 27 stycznia 2006 roku, III CZP 123/-5, LEX 1777303).

**Przewodniczący:** .....