

Sygn. akt: KIO/UZP 268/08

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Niedziałek

Andrzej Niwicki

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny w Katowicach, 40-202 Katowice, Al. Roździeńskiego 1.** protestu z dnia 3 marca 2008 r.

przy udziale **Bombardier Transportation Polska Sp. z o.o. 40-142 Katowice, ul. Modelarska 12,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego- po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Siemens Sp. z o.o. 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 35. 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11**

U z a s a d n i e

W dniu 22 lutego 2008r. w Dzienniku Urzędowym UE Supplement S, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny w Katowicach, 40-202 Katowice, Al. Rozdzieńskiego 1 (dalej: Zamawiający), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa urządzeń srk z centralizacją rozjazdów i likwidacją nastawni wykonawczej Pr1 oraz przebudowa urządzeń srk na przejeździe w km 246,697 kat. A z zabudową TVU i obsługą z nastawni Pr na stacji Poraj” i w tym samym dniu zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

W dniu 03.03.2008r., po zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, Simens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 (dalej: Odwołujący) wniósł protest, oddalony przez Zamawiającego w dn. 13.03.2008r. W związku z oddaleniem protestu, w dn. 18.03.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście, i ponownie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przekazanie wykonawcom do wyceny dokumentacji na zabudowę systemu stacyjnego typu Ebilock wykonanej m. in. przez Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o., podmiot powiązany kapitałowo i personalnie z Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., producentem systemu Ebilock;
2. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez fakt, że wykonawcy oferujący system równoważny do opisanego przez Zamawiającego zmuszeni będą dodatkowo pokryć koszty dokumentacji projektowej, w przeciwieństwie do wykonawców oferujących system Ebilock 950;
3. art. 7 ust. 1 poprzez nadmierne wymogi dodatkowej akceptacji w przypadku rozwiązań równoważnych;
4. art. 15 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie utrudnianie dostępu do rynku poprzez przekazanie do wyceny dokumentacji na zabudowę systemu stacyjnego typu Ebilock wykonanej m. in. przez Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o., podmiot powiązany

kapitałowo i personalnie z Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., producentem systemu Ebilock;

5. art. 6 ustawy z dn. 30 sierpnia 2002r. o systemie oceny zgodności, poprzez spowodowanie sytuacji, że w przypadku złożenia oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, zabudowany system nie będzie zdalny do celu, któremu ma służyć (nie będzie można prowadzić ruchu pociągów);
6. art. 10 ustawy z dn. 7 lipca 1994r. Prawo budowlane i ustawy z dn. 16 kwietnia 2004r. o wyrobach budowlanych, ponieważ wobec niezgodności typu systemu i konfiguracji urządzeń opisanych w dokumentacji technicznej z „wymaganym deklaratywnie przez Inwestora typem komputerowego systemu stacyjnego – Ebiblock 950 nie jest możliwe uzyskanie właściwego świadectwa, atestu, certyfikatu itp.”;
7. art. 23 ust. 1 ustawy z dn. 28 marca 2003r o transporcie kolejowym, poprzez zaprojektowanie i zatwierdzenie do realizacji systemu stacyjnego niezgodnego z deklarowanym w projektach i oczekiwanym przez Inwestora systemem typu Ebilock 950, co nie zapewni bezpieczeństwa prowadzenia ruchu pociągów, i narusza przepisy aktów wykonawczych do ustawy o transporcie kolejowym.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż naruszył on art. 29 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez fakt, iż w SIWZ wskazano na konkretny system srk – znak towarowy „Ebilock 950”, oraz dodanie określenia „lub równoważny” przy równoczesnym braku wymagań „dających obraz realnych oczekiwań Zamawiającego co do oferowanego produktu” (zarzut ten nie został podniesiony w odwołaniu).

W oddaleniu protestu Zamawiający uwzględnił jeden zarzut – opisany wyżej w pkt. 3, wyjaśniając, że nie było jego zamiarem wprowadzanie dodatkowego nieuzasadnionego wymogu, a jedynie zapoznanie przyszłego użytkownika z możliwą eksploatacją systemu równoważnego i zapowiedział, że „zapis zostanie usunięty z SIWZ”. Pozostałe zarzuty zostały oddalone.

W dniu 26 marca 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., 40-142 Katowice, ul. Modelarska 12, (dalej: Przystępujący), wskazując, że dokumentacja postępowania jest zgodna z Prawem zamówień publicznych i innymi ustawami, w tym – z ustawami kwestionowanymi przez Odwołującego.

Wskazując powyższe naruszenia, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie, którego dotyczy odwołanie, względnie o unieważnienie postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu bada, czy Odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania, tj. czy jego interes prawny doznał uszczerbku i czy nastąpiło to w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych). Wskazane w proteście okoliczności – ewentualne poniesienie dodatkowych kosztów w związku z przygotowaniem dokumentacji zamiennej oraz nieprawidłowy z punktu widzenia Prawa budowlanego i innych ustaw opis przedmiotu zamówienia – nie wskazują na ewentualny uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Jednak ocena interesu prawnego przez Izbę następuje niezależnie od sposobu opisanego przez Odwołującego swojego interesu prawnego. Na podstawie analizy charakteru zarzutów podnoszonych w środkach ochrony prawnej, należy uznać, iż Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w jego przekonaniu, wobec postanowień SIWZ opisujących przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie jest możliwy jego udział w postępowaniu i złożenie przez niego konkurencyjnej oferty.

Zarzuty protestu, którym nadano numery 5, 6 i 7 (dotyczące naruszenia przepisów Prawa budowlanego, ustawy o ocenie zgodności i ustawy o transporcie kolejowym) powtórzone następnie w odwołaniu, nie mogą być uwzględnione, jako że Odwołujący nie wskazał naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, których dopuścił się Zamawiający, dokonując kwestionowanych czynności związanych z opisem przedmiotu zamówienia. Zasadniczo, zastrzeżenia podnoszone przez Odwołującego, nie posiadają waloru zarzutu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie można na podstawie przytoczonych argumentów, wywnioskować, jakiego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych dopatrył się Odwołujący w opisie przedmiotu zamówienia. Wobec treści protestu i odwołania nie można przychylić się do stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie, iż podnosząc zarzuty w pkt. 5, 6 i 7 protestu, w istocie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 30 Prawa zamówień publicznych, albowiem takiego wniosku nie da się wywieść ani z treści uzasadnienia protestu, ani odwołania (Odwołujący skupił się w tym zakresie wyłącznie na ewentualnej niezgodności dokumentacji załączonej do SIWZ z przepisami szczególnymi). Podkreślić należy, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli jego interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych, a nie jakichkolwiek ustaw (przepisów). Nawet gdyby twierdzenia Odwołującego

w zakresie niezgodności dokumentacji przedmiotu zamówienia z przepisami Prawa budowlanego i innych ustaw okazałyby się słuszne, Krajowa Izba Odwoławcza nie ma kompetencji, aby badać tego rodzaju naruszenia.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie utrudnianie dostępu do rynku poprzez przekazanie do wyceny dokumentacji na zabudowę systemu stacyjnego typu Ebilock wykonanej m. in. przez Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o., podmiot powiązany kapitałowo i personalnie z Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., producentem systemu Ebilock (zarzut nr 1 i 4, podniesiony w proteście) nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający uzyskał dokumentację załączoną do SIWZ, stosując Prawo zamówień publicznych – w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie, nie zakwestionowanym przez Odwołującego, był to przetarg nieograniczony). Naturalne jest, że w dokumentacji projektowej, w projekcie wykonawczym, wskazuje się nazwy konkretnych producentów. Zamawiający w takim wypadku ma obowiązek dopuścić rozwiązania/urządzenia równoważne – i w tym wypadku Zamawiający to uczynił.

Również nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez fakt, że wykonawcy oferujący system równoważny do opisanego przez Zamawiającego zmuszeni będą dodatkowo pokryć koszty dokumentacji projektowej, w przeciwieństwie do wykonawców oferujących system Ebilock 950 (zarzut nr 2 protestu). Dokumentację projektową załączoną do SIWZ, jak wskazano powyżej, Zamawiający, zgodnie z art. 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i z przepisami wykonawczymi do Prawa zamówień publicznych, nie tylko ma prawo, ale i obowiązek przekazania wraz ze SIWZ wykonawcom, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Oczywiście jest, że w przypadku dopuszczenia rozwiązań równoważnych to na wykonawcy ciąży obowiązek pokrycia kosztów sporządzenia dokumentacji zamiennej; trudno w takim wypadku (dopuszczenia przez Zamawiającego składania ofert na system równoważny) oczekiwać od Zamawiającego pokrycia kosztów dokumentacji, skoro już raz za nią zapłacił. Wobec powyższego, zarzut zostaje oddalony.

Zamawiający uwzględnił jeden z zarzutów podniesionych w proteście (opisany pod nr 3), zapowiadając, że wykreśli ze SIWZ wymóg przedłożenia wraz z ofertą proponującą system równoważny „, zgody użytkownika (IZ Częstochowa) na wprowadzenie zmian)”; nb. ani w proteście, ani w jego rozstrzygnięciu nie wskazano wprost na postanowienia SIWZ, jednak analiza SIWZ wskazuje, że zarzut nr 4 protestu dotyczy pkt. 1.9. ppkt 3 SIWZ.

W związku z uwzględnieniem przedmiotowego zarzutu w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący zawniósł o unieważnienie postępowania, co Krajowa Izba Odwoławcza bierze pod uwagę z urzędu na podstawie art. 191 ust. 3, zd. drugie Prawa zamówień publicznych. Zarzut zmiany warunków udziału w postępowaniu, co pociągałoby za sobą nieważność postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, jednak nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokument, opisany w pkt. 1.9. ppkt 3 SIWZ, nie jest bowiem dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, potwierdzającym spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Świadczy o tym nie tylko umieszczenie opisu tego dokumentu w pkt. 1.9. SIWZ, ale przede wszystkim jego oczekiwana treść (zatwierdzenie zaproponowanych zmian w dokumentacji projektowej).

Zamawiający winien w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia określić te dokumenty, lecz ich ewentualna zmiana nie jest objęta sankcją, wynikającą z opisanej w art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych modyfikacji SIWZ w zakresie „kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia”.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez fakt, iż Zamawiający wskazuje na konkretny system srk – znak towarowy „Ebilock 950”, oraz dodanie określenia „lub równoważny” przy równoczesnym braku wymagań „dających obraz realnych oczekiwań Zamawiającego co do oferowanego produktu” nie może być rozpatrywany, ponieważ został sformułowany dopiero w odwołaniu, natomiast nie podniesiono go w proteście (ani w części wstępnej, opisującej zarzuty, ani w uzasadnieniu), a zatem na podstawie art. 191 ust. 3 zd. pierwsze Izba nie może w jego zakresie orzekać. Należy jednak zauważyć, że w razie potwierdzenia tego zarzutu faktycznie trzeba byłoby uznać, że postępowanie obarczone jest wadą, ponieważ Zamawiający dopuszczając złożenie oferty na system równoważny, winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być uznany za równoważny. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w SIWZ Zamawiający dopiero będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na system równoważny są zgodne z treścią SIWZ. Bez określenia takich wymagań, nie będzie to możliwe. Zamawiający winien zatem dokładnie przeanalizować postanowienia SIWZ i ewentualnie je zmodyfikować, aby uniknąć konieczności unieważnienia postępowania w przyszłości.

Na tym etapie postępowania nie ma konieczności unieważnienia postępowania, albowiem modyfikacja przedmiotu zamówienia i ewentualnie dokumentów potwierdzających, że

przedmiot zamówienia spełnia wymogi Zamawiającego jest dozwolona (nie jest objęta zakazem wynikającym z art. 38 ust. 5 Prawa zamówień publicznych).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....