Sygn. akt KIO 2931/20

POSTANOWIENIE
z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 30 listopada 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez odwołującego: **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lisim ogonie** (ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Koleje Małopolskie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (ul. Racławicka 56/416 30-017 Kraków),

przy udziale wykonawcy:
A. **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. z Mińska Mazowieckiego** (ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki);
B. **Public Transport Service Sp. z o.o. z Warszawy** (Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa,
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lisim ogonie** (ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon) kwoty **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Nie uwzględnić wniosku zamawiającego: **Koleje Małopolskie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (ul. Racławicka 56/416 30-017 Kraków) o zasądzenie na jego rzecz kosztów w kwocie 3.827 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia siedem złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę w kwocie 227 zł 00 gr oraz 3.600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

……

Sygn. akt KIO 2931/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lisim Ogonie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: „Koleje Małopolskie" Sp. z o.o. z Krakowa którego przedmiotem jest: „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) i prac dodatkowych dla pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) typu 32WE serii EN77 o numerach inwentarzowych 001, 002, 003, 004 i 005". Znak postępowania: KMDL/251/11/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE. nr 2020/S 210-514440 w dniu 28.10.2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów:

1. art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na ustanowieniu w ramach rozdziału IV ust. 1 pkt 1.1 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu wymogu wykazania wdrożenie międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Railway Industry Standard ISO/TS 22163) na potwierdzenie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, w sytuacji gdy odrębne przepisy obowiązującego prawa nie wymagają wdrażenia ww. standardu w celu prowadzenia działalności zawodowej objętej przedmiotem zamówienia, ewentualnie
2. naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie ze względu na postawienie nieuprawnionego warunku udziału w Postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, poprzez ustanowienie w ramach rozdziału IV ust. 1 pkt 1.1 SIWZ oraz sekcji III pkt 111.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu wymogu, polegającego na wykazaniu przez wykonawcę dokonania wdrożenia międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Railway Industry Standard ISO/TS 22163), nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ponieważ Zamawiający nie określił w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, żadnych wymogów jakościowych dotyczących przebiegu przeprowadzonych czynności objętych przedmiotem zamówienia, ani nie dopuścił legitymowania sie wdrożeniem innych równoważnych do IRIS standardów lub norm jakościowych.
3. naruszenie art. 22 ust. 1 a w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w ramach rozdziału IV ust. 1 pkt 1.3 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na wykazaniu przez wykonawców, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych świadczyli, co najmniej jedną (1) usługę polegającą na wykonaniu usługi czynności czwartego (P4) lub piątego (P5) poziomu utrzymania pasażerskiego pojazdu kolejowego z napędem, co doprowadziło do opisania warunków udziału w Postępowaniu w sposób niewyczerpujący oraz nieuwzgledniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a w konsekwencji uniemożliwia lub utrudnia uczciwa konkurencie, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania usunięcia w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.1 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu, a w konsekwencji usunięcie wymagania:

1) z treści rozdziału IV ust. 1 pkt 1.1 SIWZ zwrotu: „Warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże wdrożenie międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Raiiway Industry Standard ISO/TS 22163).” i zastąpienie go następującym zwrotem: „Zamawiający nie stawia szczególnych wymagań w tym zakresie.”
2) z treści rozdziału VIII ust. 2 SIWZ zwrotu: ,.W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunkiem wdrożenia międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Railway Industry Standard ISO/TS 22163) powinien wykazać się przynajmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie.”
3) z treści rozdziału IX ust. 1.3 SIWZ zwrotu: „1.3. certyfikatu wdrożenia międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Railway Industry Standard ISO/TS 22163)."
4) pozycji nr 6 w tabeli do rozdziału X ust. 3 SIWZ („Certyfikat IRIS (International Railway Industry Standard ISO/T 22163) - wraz z tłumaczeniem (jeśli dotyczy)')
5) z treści sekcji III pkt III.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu zwrotu: „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunkiem wdrożenia międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Railway Industry Standard ISO/TS 22163) powinien wykazać się przynajmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie”.
2. dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.3 SIWZ oraz sekcji III pkt II 1.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez ustalenie treści ww. warunku w następujący sposób: „Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenie jest krótszy - w tym okresie należycie wykonała, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych świadczył, co najmniej dwie (2) usługi polegające na wykonanie usługi czynność/ czwartego (P4) lub (P5) poziomu utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego”.

Wykonawca podał, że „W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Interes Odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż wymogi stawiane przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ z jednej strony ograniczają w sposób bezpodstawny możliwość Odwołującego (oraz innych wykonawców) złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a z drugiej są skrajnie nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego uchylenia czynności i zaniechać Zamawiającego oraz zmiany treści ogłoszenia i SIWZ, Odwołujący ma szansę złożyć ofertę w Postępowaniu i potencjalnie je wygrać, uzyskując przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w obecnym brzmieniu wymogów, nie ma on szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Szkodą po stronie wykonawców oraz Odwołującego jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uniemożliwienie złożenia oferty, co prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. (…). Określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień ogłoszenia i SIWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia (…)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. z Mińska Mazowieckiegooraz wykonawca: Public Transport Service Sp. z o.o. z Warszawy – wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 25.11.2020 r.) wniósł o oddalenie odwołania, a odnosząc się do podnoszonych w odwołaniu naruszeń w szczególności wskazał, że: (…) dnia 17 listopada 2020 roku, działając na podstawie art. 38 pkt 4 ustawy (…) Prawo zamówień publicznych Zamawiający dokonał zmian SIWZ w następujący sposób: *„(ROZDZ. IV - OPIS WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OCENA SPEŁN WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU): 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy podlegają wykluczeniu oraz, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp dotyczące: 1.1. posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; Zamawiający nie stawia szczególnych wymagań w tym zakresie.*
(…)
1.3. zdolności technicznej lub zawodowej:
1.3.1. Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych świadczył, co najmniej jedną (1) usługę polegającą na wykonaniu usługi czynności czwartego (P4) lub piątego (P5) poziomu utrzymania pasażerskiego pojazdu kolejowego z napędem,
1.3 2. Warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże wdrożenie międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Railway Industn/ Standard ISO/TS 22163).
Powyższa treść stanowi integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, znak sprawy: KMDU251/11/2020.
Wobec powyższego, zarzut nr 1 podnoszony przez Odwołującego należy uznać za bezzasadny w świetle dokonanych przez Zamawiającego zmian SIWZ”.
W odniesieniu do zarzutu nr 2 i 3 uznał te zarzuty za niezasadne.

Odwołujący w piśmie z dnia 27 listopada 2020 r. wskazując na art. 187 ust.8 ustawy Pzp oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. Także wniósł o zwrot wpisu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba postanowiła,

Działając na podstawie na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. W myśl art. 187 ust. 8 ustawy Pzp zdanie pierwsze: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*”.

Orzekając o kosztach postępowania Izba miała na uwadze zdanie drugie wskazanego art. 187 ust. 8 ustawy Pzp zgodnie z którym: „*Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu*”. Tym samym Izba uwzględniając ponadto przepisy § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 972), nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90%

kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 15.000 zł.

Izba mając na uwadze § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b wskazanego rozporządzenia nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów w kwocie 3827 zł poniesionych tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W myśl wskazanego przepisu zamawiający ma prawo domagać się od odwołującego zwrotu poniesionych kosztów (przykładowo: tytułem wynagrodzenia pełnomocnika czy kosztów dojazdu), ale wówczas (…) *jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy*". W niniejszej sprawie oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone do akt sprawy w dniu 27 listopada 2020 r., a termin posiedzenia i rozprawy został wyznaczony na dzień 30 listopada 2020 r. tym samym wskazany przepis w stanie faktycznym tej sprawy niewątpliwie ma zastosowanie. Tym samym wniosek Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od Odwołującego kosztów nie podlegał uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……