Sygn. akt: KIO 463/17

WYROK
z dnia 21 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Andrzej Niwicki
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca br. przez wykonawcę **Track Tec KolTram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna Centrala Centralne Biuro Zamówień w Warszawie**

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcy **Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe "Bieżanów" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Track Tec KolTram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Track Tec KolTram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy **Track Tec KolTram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna Centrala Centralne Biuro Zamówień w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesionych z tytułu kosztów reprezentacji przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) 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 463/17

Uzasadnienie

I. PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna Centrala Centralne Biuro Zamówień w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 131 półzwrotnic z iglicami z kształtownika 60E1A6 ze stali gatunku 350HT (to rozjazdów zwyczajnych RZ 60 E1(UIC60)-300-1:9 i RZ 60 E1(UIC60)-190-1:9 w celu dokonania wymiany w rozjazdach w drugiej połowie 2017 roku".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 1 marca 2017 r., poz. 2017/S 042-077303. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z poźn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10 marca 2017 r. wykonawca Track Tec KolTram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwa konkurencję nierówne traktowanie wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, poprzez wskazanie, że zgodnie z Rozdziałem II - Opis Przedmiotu zamówienia pkt 1 i 2 (str. 3 SIWZ) i Załącznika NR 4 do SIWZ (pkt 1.2.1 a- str.5) i (pkt 2.2.1. a i d- str.7), w treści wzoru umowy (załącznik nr 5 SIWZ) poprzez oznaczenie przedmiotu zamówienia jako dostawę 131 półzwrotnic z iglicami z kształtownika 60E1A6 ze stali gatunku 350HT.

Odwołujący tak postawiony zarzut uzasadniał następująco: zgodnie z dokumentem normatywnym PKP Polskie Linie Kolejowe SA pn. Standardy Techniczne - Szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości Vmax < 200km/h (dla taboru konwencjonalnego), 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem) Tom I Droga Szynowa, Tablica nr 19-23 „Odmiany konstrukcyjne rozjazdów na liniach typu P80 oraz M80", Odmiany konstrukcyjne rozjazdów na liniach typu P120", dopuszczona do stosowania jest w rozjazdach i podzespołach kształtownik 60E1A6 w gat. R350HT lub R260 z obróbką cieplną Na dziś dzień krąg dostawców dostarczających kształtownik 60E1A6

w gat. R350HT jest mocno ograniczony i wskazuje na możliwość jednego potencjalnego dostawcy grupę Voestalpine.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z wymaganiami nowych Standardów Technicznych Tom I - Załącznik ST-T1-A9 Rozjazdy PKP PLK S.A. w przyszłości (które maja obowiązywać od dnia 1 czerwca 2018 r.), podstawowym materiałem stosowanym do produkcji rozjazdów kolejowych jest gatunek R350 HT - zapewniający własności wytrzymałościowe opisane w normach: PN-EN 13674-1 i 2. Jednakże po pierwsze standardy te obecnie nie obowiązują i celowo Zamawiający przesunął termin ich wprowadzenia w życie, aby przygotować dostawców do nowych wymagań. Dlatego ograniczanie w obecnym przetargu do dostawy półzwrotnic z iglicami z kształtownika 60E1A6 ze stali gatunku 350HT narusza uczciwa konkurencję, równe traktowanie wykonawców oraz jest niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz – co zdaniem Odwołującego najważniejsze - jest nielojalne wobec dostawców, którym de facto odroczono stosowanie półzwrotnic z iglicami z kształtownika 60E1A6 ze stali gatunku 350HT do 1 czerwca 2018 r.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe "Bieżanów" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: Przystępujący).

Izba stwierdziła, że zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca Vossloh Cofiger Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego, ponieważ przesłał zgłoszenie przystąpienia zwykłą pocztą elektroniczną. Zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. W konsekwencji, wykonawca ten nie stał się, zgodnie z art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.
Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wskazywał na brak uzasadnienia faktycznego tak sformułowanego zarzutu, ponieważ wymogi SIWZ odpowiadają kwestionowanemu przepisowi, są jasne i jednoznaczne. Odwołujący nie

wykazał też, zdaniem Zamawiającego, naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie udowodnił naruszenia uczciwej konkurencji czy nierównego traktowania wykonawców. Jego twierdzenia o tym, kto nie może dostarczać kształtowników ze stali R350HT są niekonsekwentne, ponieważ czasem twierdził, że Odwołujący nie może być dostawcą, a czasem, że nikt nie może. Skoro jak twierdzi Odwołujący, nikt nie może produkować kształtowników ze stali R350HT, to Zamawiający nikogo nie preferuje.

Zamawiający wymaga przedmiotu zamówienia odpowiadającego jego potrzebom. Stal R350HT jest wysokiej jakości, a Odwołujący nie podjął próby udowodnienia, że stal ta jest gorsza lub równoważna stali R260.
Zamawiający od 2009 r. przewiduje przejście na lepszy rodzaj stali. Rzeczywiście odłożył moment bezwzględnego wymogu w czasie, jednak moment ten musi w końcu nadejść. Faktycznie jest to pierwsze postępowanie, w którym wymaga kształtowników ze stali R350HT, jako wyłącznego produktu, jest to niejako prezakup na stosunkowo niewielką ilość kształtowników w porównaniu do rzeczywistego zapotrzebowania, które ziści się po 1 czerwca 2018 r. i jest to zabieg celowy, aby dać sygnał producentom do podjęcia przygotowań produkcyjnych. Zaznacza, że produkcja ma być zrealizowana w 2 połowie roku, na obecnym etapie nie wymaga żadnych dokumentów dotyczących dostaw.

Przywoływane przez Odwołującego standardy dotyczą przebudowy i modernizacji, natomiast obecne zamówienie jest przeznaczone na potrzeby bieżącego utrzymania, a więc standardy, na które powołuje się Odwołujący, nie dotyczą tego postępowania.

Zamawiający na rozprawie złożył następujące dowody:
1. Zestawienie odmian konstrukcyjnych rozjazdów na liniach wszystkich typów – w tabeli w kolumnie nr 6 wskazano gatunek stali na poszczególnych typów linii i opatrzono go odnośnikiem, iż gatunek stali ma być doprecyzowany przy zamawianiu u producenta konsultacji z zarządcą infrastruktury, zatem nie można Zamawiającemu czynić zarzutu, że robi użytek ze swojego prawa. Podkreślał, że sam Odwołujący nie twierdzi, że są to zobowiązania równoważne.
2. Zasadność wprowadzenia stali R350HT w rozjazdach kolejowych – wyjaśnia, że jest to streszczenie dokumentacji opracowanej przez KE, która rekomenduje zastosowanie stali R350HT dla promienia 300 i mniejszego, czyli takiego, jak w niniejszym postępowaniu, tj. przy ciasnych łukach, gdzie następuje najszybsze zużycie.
3. Dowody od 3 do 6 – korespondencja z hutami i poszczególnymi wykonawcami dotycząca postulowanych przez Zamawiającego standardów co do stali oraz wyrażenie gotowości przez hutę ArcelorMittal (dowód nr 4) do produkcji kształtowników ze stali R350HT oraz analogiczny dokument – deklaracja huty Voestalpine (dowód nr 6).

Zamawiający przyznawał, że na obecnym etapie kształtownik nie został jeszcze wyprodukowany, ale gotowość podjęcia produkcji wynika z korespondencji. Gotowość taką

wyraziły 2 huty, jest to rynek wąski, ponieważ obecnie również tylko 2 huty ArcelorMittal i Trzciniec produkowały kształtowniki (ze stali R260).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, na podstawie dokumentacji postępowania, dowodów złożonych przez Zamawiający na rozprawie (Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów) oraz oświadczeń Stron, co następuje:

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób

utrudniający uczciwa konkurencję, nierówne traktowanie wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a mianowicie przez wymaganie dostawy półzwrotnic z iglicami z kształtownika, wykonanego ze stali R350HT.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 131 półzwrotnic z iglicami z kształtownika 60E1A6 ze stali gatunku R350HT do rozjazdów zwyczajnych (zgodnie z Rozdziałem II -Opis Przedmiotu zamówienia pkt 1 i 2 (str. 3 SIWZ) i Załącznika NR 4 do SIWZ (pkt 1.2.1 a- str.5) i (pkt 2.2.1. a i d- str.7), w treści wzoru umowy (załącznik nr 5 SIWZ)). Do tej pory Zamawiający dopuszczał wykonanie półzwrotnic z kształtownika ze stali gatunku R350HT (jak w przedmiocie niniejszego zamówienia), ale również – ze stali R260 z obróbką cieplną (postulowaną przez Odwołującego w odwołaniu). Nie było sporne, że kształtowniki ze stali gatunku R350HT będą jako jedyne dopuszczalne w niedalekiej przyszłości – i Odwołujący nie kwestionował tego faktu ani w odowłaniu ani na rozprawie. Jedynie twierdził, że obecne działanie Zamawiającego jest ,,nielojalnością wobec wykonawców", ponieważ Zamawiający powinien do czasu wejścia w życie nowych standardów technicznych (mających obowiązywać od 1 czerwca 2018 r.), akceptować kształtowniki z obu rodzajów stali. Przy czym Odwołujący nie wykazywał (nie podjął w tym kierunku żadnych prób dowodowych), że

postulowana przez niego stal R260 z obróbką cieplną jest rozwiązaniem co najmniej równoważnym w stosunku do stali R350HT.

Do tej pory kształtowniki ze stali R350HT nie były produkowane. Dwie huty produkowały kształtowniki ze stali R260 z obróbką cieplną. Zamawiający przeprowadził rozeznanie rynku i wynika z niego, że dwie huty deklarują gotowość produkcji kształtowników ze stali R350HT (zgodnie z korespondencją z hutami złożona na rozprawie).

Odwołujący na rozprawie stwierdzał, że mimo deklaracji dwóch hut do podjęcia produkcji kształtowników ze stali oczekiwanej przez Zamawiającego, nie chodzi o samą możliwość produkcji, ale dostępność do kształtowników w taki sposób, aby mógł zaoferować je Zamawiającemu. Obecnie Odwołujący ma zawarte umowy, które gwarantują dostawę kształtowników R260, a nie jest w stanie przewidzieć, czy będzie miał takie umowy na kształtowniki z innej stali, które nie są jeszcze produkowane i nie wiadomo obecnie, kto będzie ich producentem. Odwołujący oświadczał, że w takich okolicznościach nie ma możliwości złożenia oferty, ponieważ nie potrafi przewidzieć, czy może zaoferować przedmiot zamówienia, a nie będzie mógł przedstawić przedmiotu dostawy, który posiada.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba i zważyła, co następuje:
Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego i stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Rację miał Zamawiający, że w odwołaniu nie podawano żadnego naruszenia tego przepisu; przeciwnie, treść odwołania wskazuje na to, że wymagania SIWZ zostały sformułowane jasno i wyraźnie, a Odwołujący polemizuje z jasno określonymi wymaganiami Zamawiającego. W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję; zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Aby rozstrzygnąć, czy doszło do naruszenia powyższych przepisów, należało ustalić, czy wymóg Zamawiającego ograniczający przedmiot zamówienia do kształtowników

z określonej stali (jednego gatunku – R350HT) utrudnia uczciwą konkurencję, powoduje nierówne traktowanie wykonawców, i zostało określone bez zachowania bezstronności i obiektywizmu. Na podstawie ustaleń przedstawionych wyżej, Izba uznała, że nie doszło to takich naruszeń.

Odwołujący nie wykazał, że postulowane przez niego rozwiązanie (kształtowniki z dotychczas stosowanej stali R260 z obróbką cieplną) są co najmniej nie gorsze, niż oczekiwane przez Zamawiającego (kształtowniki ze stali R350HT). Sam przyznawał, że rozwiązanie oczekiwane przez Zamawiający w tym postępowaniu będzie jedynym dopuszczalnym w przyszłości. Odwołujący zdaje się akceptować ten fakt, jedynie dąży do przesunięcia w czasie obowiązywania nowego standardu, ponieważ – jak oświadczył na rozprawie - ma zawarte umowy, które gwarantują dostawę kształtowników ze stali R260, a nie jest w stanie przewidzieć, czy będzie miał takie umowy na kształtowniki z innej stali, które nie są jeszcze produkowane i nie wiadomo obecnie, kto będzie ich producentem. Powyższa argumentacja nie wskazuje na obiektywne naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych (utrudnianie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców), a na ewentualny uszczerbek w interesie gospodarczym Odwołującego, który być może w przyszłości nie będzie pośrednikiem pomiędzy hutą a Zamawiającym, a jest takim pośrednikiem obecnie. Prawo zamówień publicznych nie służy ochronie indywidualnych interesów gospodarczych wykonawców w ten sposób, że gwarantuje obecnym dostawcom, że będą dostawcami także w przyszłości.

Zamawiający ma prawo określić szczególne wymagania, jeżeli są uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami. W takich okolicznościach oczekiwania Zamawiającego sformułowane nawet na bardzo wysokim poziomie (co zwykle prowadzi do zawężenia kręgu wykonawców) nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest produkt nowy, obecnie nieprodukowany, ale będący – zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego nie zakwestionowanymi skutecznie przez Odwołującego – rozwiązaniem lepszym, które jako jedyne będzie stosowane w przyszłości. Gdyby akceptować wywody Odwołującego, nie można byłoby w postępowaniu o zamówienie publiczne nigdy zastosować rozwiązań nowych, a jedynie takie, którymi dysponują obecni dostawcy. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów wskazywanych w odowłaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

……

……

……