

ODPIS V

Sygn. akt XXIII Ga 2137/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lutego 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - SSO Jolanta Stępień-Kordiał
Sędziowie: SO Wiktor Piber

SO Maria Więckowska - Rzepka (spr.)

Protokolant: sekretarz sądowy Wojciech Frontczak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2013 r. w Warszawie

sprawy ze skargi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

z udziałem przeciwnika skargi Karya Sp. z o.o. w Lublinie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 21 listopada 2012r.

sygn. akt KIO 2512/12

o udzielenie zamówienia publicznego

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 i oddala odwołanie Karya Sp. z o.o. w Lublinie;

II. zasądza od Karya Sp. z o.o. w Lublinie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 78.600 zł (siedemdziesiąt osiem tysięcy sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

VA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY

tiaro i

ajaska

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w

Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie w latach 2013 - 2014 usługi zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach i rozjazdach kolejowych wraz z pomiarami”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 listopada 2012r.

W dniu 13 listopada 2012r. wykonawca Karya Sp. z o.o. w Lublinie

złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności określenia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, dla zadania Nr 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m.in. przepisów:

1. art. 29 ust. 2 P.z.p. poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w

zakresie zadania nr 1, tj. wskazanie wyłącznie jednej technologii wykonania zamówienia - zmechanizowanego szlifowania, podczas gdy Warunki Techniczne PKP PLK S.A. - Reprofilacja szyn w torach i rozjazdach - część 1: Warunki wykonania i odbioru robót-ILK4-510-03b/2007 wskazują i dopuszczają inne technologie, spełniające identyczne wymagania techniczne i jakościowe, które mogą być zastosowane dla należytego wykonania zadania nr 1;

2. art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust 4 P.z.p. poprzez ustanowienie - dla zadania nr 1-warunku dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym, tj. wykazania się przez wykonawcę dostępnością co najmniej po 1 sztuce ściśle określonej przez zamawiającego maszyny, tj. maszyny szlifierskiej (pociągu szlifierskiego) w celu realizacji zamówienia;

3. art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez wskazanie w załączniku nr 12 Istotne Postanowienia Umowy, w ramach obowiązków zamawiającego, zabezpieczenia wody na koszt zamawiającego dla potrzeb eksploatacyjnych maszyn wykonujących usługę, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zmiany wymagań w pkt 2.1 SIWZ, treści załącznika nr 6 do SIWZ i treści załącznika nr 12 do SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy - wskazujących na wykonywanie reprofilacji jedynie w technologii zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego, poprzez dopuszczenie także innej technologii reprofilacji szyn wskazanej w dokumencie pt. „Warunki Techniczne PKP PLK S.A. Reprofilacja szyn w torach i rozjazdach - część 1: Warunki wykonywania i odbioru robót” - ILK4-510-03b/2007,

stanowiącym załącznik do ogłoszenia o zamówieniu, polegającej na wprowadzeniu możliwości wykonania reprofilacji szyn w technologii zmechanizowanego frezowania;

2) nakazanie zmiany w pkt 5.4.2 SIWZ, treści załącznika nr 4 do SIWZ i odpowiednich postanowień Istotnych Postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 12 do SIWZ - dla zadania 1- poprzez umieszczenie warunku wykazania się przez wykonawcę dostępnością co najmniej po 1 sztuce maszyny do zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach, a nie jedynie maszyny szlifierskiej (pociągu szlifierskiego);

3) nakazanie zmiany pkt 2.1 SIWZ poprzez podział zadania nr 1 na co najmniej 2 odrębne zadania, tj. Zadanie nr 1 obejmujące usługę zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach na odcinkach sieci kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wraz z pomiarami w trybie początkowym i prewencyjnym oraz Zadanie nr 2 obejmujące usługę zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach na odcinkach sieci kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe

S.A. wraz z pomiarami w trybie naprawczym i regeneracyjnym; a w konsekwencji przewidzenie Zadania nr 3 obejmującego zakres z obecnego zadania nr 2 i odpowiedniej zmiany innych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu odnoszących się do opisu i warunków określonych dla danych zadań z uwzględnieniem ww. Zadań nr 1, 2 i 3;

4) nakazanie usunięcia w postanowieniu § 6 pkt 5 Istotnych Postanowień Umowy stanowiących załącznik Nr 12 do SIWZ części postanowienia w zakresie zobowiązania zamawiającego do zabezpieczenia na koszt zamawiającego wody dla potrzeb eksploatacyjnych maszyn wykonujących usługę;

5) nakazanie zmiany odpowiednich części Ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z powyżej wskazanymi zmianami;

6) przedłużenia terminu składania ofert;

7) przyznanie odwołującemu kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 21 listopada 2012r. sygn. akt KIO 2512/12 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: dokonanie zmiany wymagań punktu 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wprowadzenie zmian w odpowiednich postanowieniach załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w Istotnych Postanowieniach Umowy, w ten sposób, że dotychczasową treść zastępuje się brzmieniem: „Reprofilacja będzie wykonywana w technologii zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego lub w technologii zmechanizowanego frezowania, dla torów i rozjazdów w trybach początkowym, prewencyjnym, naprawczym, a dla torów dodatkowo w trybie regeneracyjnym”, dokonanie zmiany punktu 5.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wprowadzenie zmian w odpowiednich postanowieniach załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w Istotnych Postanowieniach Umowy, w ten sposób, że dotychczasową treść zastępuje się brzmieniem: „W zakresie warunku określonego w punkcie 5.2.3 wymagane jest wykazanie się przez

wykonawcę dostępnością, dla zadania 1 - co najmniej 1 szt. maszyny do zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach", dokonanie stosownych zmian, uwzględniających powyższe w Ogłoszeniu o zamówieniu, dokonanie wykreślenia z § 6 pkt 5 IPU stanowiących załącznik Nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia części postanowienia w zakresie zobowiązania zamawiającego do zabezpieczenia na koszt zamawiającego wody dla potrzeb eksploatacyjnych maszyn wykonujących usługę.

Kosztami postępowania KIO obciążyła PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wskazane wyżej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba podniosła, iż zgodnie z treścią SIWZ przedmiotem zamówienia jest podzielona na dwa zadania usługa zmechanizowanej reprofilacji szyn w torach i rozjazdach na odcinkach sieci kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wraz z pomiarami kontrolnymi i odbiorowymi w odniesieniu do reprofilacji torów i rozjazdów, przy czym Zamawiający wskazał, iż reprofilacja ma być wykonywana w technologii zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego dla torów i rozjazdów w trybach początkowym, prewencyjnym, naprawczym, a dla torów dodatkowo w trybie regeneracyjnym. Opis przedmiotu zamówienia, jak i wiążący się z tym opisem opis spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający oparł o „Warunki Techniczne - reprofilacja szyn w torach i rozjazdach - część 1: warunki wykonania i odbioru robót" opracowane w 2007 roku przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Dróg Kolejowych, w którym to opracowaniu wskazano, iż „zmechanizowana obróbka szyn może być wykonywana poprzez szlifowanie rotacyjne - zwane dalej szlifowaniem, struganie lub frezowanie i obejmuje określony obszar powierzchni tocznej główki szyny określany mianem tzw. zakresu kąтового reprofilacji.". Z powyższego dokumentu, w ocenie Izby, wynika, że nie jest wykluczona możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez zastosowanie również metody strugania czy frezowania.

Izba powołała się na stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zastrzeżenie Zamawiającego co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o tylko jedną metodę, tj. szlifowanie rotacyjne ogranicza konkurencję, gdyż obecnie na rynku europejskim występuje tylko jedna maszyna (pociąg szlifierski), będąca w posiadaniu tylko jednej firmy, która może spełnić wymagania zamawiającego. Izba podniosła, że zamawiający na rozprawie nie był w stanie podać innych wykonawców, którzy posiadają urządzenie (pociąg szlifierski), mogących świadczyć przedmiotową usługę.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż metoda frezowania proponowana przez Odwołującego nie daje właściwych rezultatów. Izba wskazała, iż powyższe twierdzenie nie wynika z powołanego przez Zamawiającego dowodu w postaci „Opinii dotyczącej jakości frezowania szyn wykonywanego przez firmę Karya sp. z o.o. za pomocą pojazdu szynowo-drogowego (...)", sporządzonej przez Instytut Kolejnictwa Zakład Dróg Kolejowych i Przewozów na zlecenie Karya sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie.

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób, który dopuszczał jedynie zastosowanie metody zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego, bezzasadnie ograniczył

konkurencję, bowiem ograniczenie to nie wynika z obiektywnych czynników dotyczących możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności - w ocenie Izby - subiektywizm zamawiającego co do wyboru metody nie znajduje uzasadnienia w „Warunkach Technicznych” stanowiących załącznik do SIWZ.

Izba uznała też za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez wskazanie w załączniku Nr 12 do SIWZ, w ramach obowiązków Zamawiającego, zabezpieczenia wody na koszt zamawiającego dla potrzeb eksploatacyjnych maszyn wykonujących usługę, wskazując, iż uwzględnienie powyższego zarzutu było wynikiem uwzględnienia zarzutu w zakresie możliwości dopuszczenia innej niż opisana w SIWZ metody reprofilacji, tj. dopuszczenia metody frezowania. W ocenie Izby, pozostawienie przedmiotowego zapisu w załączniku Nr 12 do SIWZ spowoduje naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ nie każda maszyna wykonująca usługę w ramach zamówienia, zwłaszcza w sytuacji gdy zadanie będzie mogło być realizowane w innej technologii zużywa w procesie eksploatacji wodę.

O kosztach postępowania KIO orzekła stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 P.z.p. oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz.U. Nr 41, poz. 238).

Powyższy wyrok KIO został zaskarżony przez Zamawiającego w części uwzględniającej odwołanie oraz nakazującej Zamawiającemu wprowadzenie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w załącznikach do tej specyfikacji.

Zamawiający zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie:

1. przepisów prawa materialnego, tj.:

- a) art. 29 ust. 2 P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia polegający na żądaniu świadczenia usługi reprofilacji torów metodą szlifowania rotacyjnego utrudnia uczciwą konkurencję, podczas gdy wybór tej metody jest uzasadniony obiektywną potrzebą Zamawiającego i jako taki za utrudniający konkurencję uznany być nie może;
- b) art. 24 ust. 4 P.z.p. poprzez nakazanie Zamawiającemu opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i z nim nie związany, a mianowicie poprzez wymaganie od wykonawców dysponowaniem jakąkolwiek maszyną do reprofilacji szyn, nie zaś maszyną odpowiednią do dopuszczonych metod reprofilacji (tj. odpowiednio maszyną do szlifowania rotacyjnego szyn albo maszyną do zmechanizowanego frezowania szyn);

2. przepisów prawa procesowego, tj.:

- a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów przez:

- wyprowadzenie z treści dokumentu prywatnego "Opinia dotycząca jakości frezowania szyn wykonywanego przez firmę Karya Sp. z o.o. za pomocą pojazdu szynowo-drogowego (...)" wniosku zeń nie wynikającego, a dotyczącego przyjęcia, że metoda zmechanizowanego frezowania jest odpowiednia dla reprofilacji szyn w torach w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, podczas gdy jej treść wprost wskazuje, iż w przypadku istnienia złego stanu torów usunięcie falistego zużycia szyn nie jest możliwe;
- wyprowadzenie z treści dokumentu "Warunki techniczne - reprofilacja szyn w torach i rozjazdach" (Część I i II) wniosków zeń nie wynikających, a mianowicie przyjęcie, że treść tego dokumentu nie uzasadnia wyboru metody szlifowania rotacyjnego jako optymalnej technologii reprofilacji szyn w torach we wszystkich jej trybach, podczas gdy zapis pkt 4.3.1. ppkt 5 w Części II tego dokumentu (Wytoczne Kwalifikacji), wyraźnie wskazuje, że w trybie początkowym i prewencyjnym reprofilacji szyn zalecana jest technologia szlifowania rotacyjnego, zaś technologia zmechanizowanego frezowania jest dopuszczalna tylko w trybach naprawczym i regeneracyjnym, przy czym jej zastosowanie wymaga uprzedniego sprawdzenia wielkości fal długich i nierówności toru;

b) art. 192 ust. 7 P.z.p. poprzez orzeczenie co do zarzutu nie zawartego w odwołaniu i wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie nakazania Zamawiającemu dopuszczenia technologii zmechanizowanego frezowania dla reprofilacji szyn zarówno w torach, jak i w rozjazdach, pomimo że podniesione w odwołaniu zarzuty i żądania odnosiły się wyłącznie do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących reprofilacji szyn w torach, nie zaś w rozjazdach.

Wskazując na powyższe zarzuty zamawiający wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części uwzględniającej odwołanie i nakazującej Zamawiającemu wprowadzenie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez oddalenie odwołania w całości, ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia żądania podniesionego w pkt 1 o zmianę zaskarżonego wyroku w części nakazującej Zamawiającemu wprowadzenie zmian w treści pkt 2.1 oraz pkt 5.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także w odpowiednich do niej załącznikach, poprzez:

a. nakazanie Zamawiającemu zmiany wymagań pkt 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wprowadzenie zmian w odpowiednich postanowieniach załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że dotychczasowa treść zastępuje się brzmieniem „Reprofilacja torów będzie wykonywana w technologii szlifowania rotacyjnego lub w technologii zmechanizowanego frezowania w trybach początkowym, prewencyjnym, naprawczym i regeneracyjnym. Reprofilacja rozjazdów będzie wykonywana w technologii zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego w trybach początkowym, prewencyjnym i naprawczym.”;

b. nakazanie Zamawiającemu zmiany wymagań pkt 5.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wprowadzenie zmian w odpowiednich postanowieniach załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że dotychczasowa treść zastępuje się brzmieniem: „W zakresie warunku określonego w pkt 5.2.3. wymagane jest wykazanie się przez wykonawcę dostępnością, dla zadania 1 - co najmniej 1 szt. maszyny do zmechanizowanego szlifowania rotacyjnego szyn w torach lub 1 szt. maszyny do zmechanizowanego frezowania szyn w torach.”

Postanowieniem z dnia 20 grudnia 2012r. Sąd Okręgowy Warszawa

Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny, do którego wpłynęła skarga uznał się niewłaściwym i sprawę przekazał do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie - Wydziałowi Gospodarczemu.

W dniu 28 grudnia 2012r. wpłynęła odpowiedź na skargę, w której Karya Sp. z o.o. w Lublinie wniosła o odrzucenie skargi na podstawie art. 198b P.z.p. jako wniesionej do niewłaściwego sądu, a w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia skargi wniosła o jej oddalenie w całości i zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania. Nadto wniosła o dopuszczenie dowodu z dokumentów dołączonych do odpowiedzi na skargę oraz przesłuchania świadka na okoliczność przedstawienia cech charakterystycznych metody frezowania i szlifowania oraz wpływu zastosowanej technologii na ujawnienie i skalę zaistniałych już wad.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym pełnomocnik skarżącego oświadczył, że jest 3 producentów maszyn szlifierskich i wyprodukowano już ok. 200 takich maszyn, z czego kilkadziesiąt jest na rynku europejskim, zatem jest więcej potencjalnych wykonawców, którzy mogą wykonać zamówienie. Obecnie jeden podmiot w Polsce ma świadectwo dopuszczenia do ruchu na torach określony typ pociągu szlifierskiego, co oznacza, że inne podmioty mające pociąg wyprodukowany przez tego samego producenta też mogą wykonać zadanie szlifowania toru, a inny podmiot jest w trakcie uzyskiwania świadectwa na maszynę innego typu.

Ponadto, na rozprawie tej pełnomocnik skarżącego dokonał sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej zawartej w zarzucie lb skargi, podając, iż winien być tam wskazany art. 22 ust. 4 P.z.p.

Pełnomocnik przeciwnika skargi oświadczył na rozprawie przed Sądem Okręgowym, że nie posiada dowodu na to, że tylko jedna firma posiada maszynę szlifierską dopuszczoną do eksploatacji w Polsce.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie w całości.

W pierwszej kolejności należy jednak rozważyć kwestię proceduralną związaną z zarzutem podniesionym przez przeciwnika skargi, iż została ona wniesiona do niewłaściwego sądu okręgowego i z tego względu zasługiwała na odrzucenie.

Zarzut ten jest niezasadny.

Przedmiotowa skarga została wniesiona do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie IV Wydziału Cywilnego Odwoławczego za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z przepisem art. 198b P.z.p., skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Przepis ten reguluje właściwość rzeczową i miejscową sądu do rozpoznania skargi na orzeczenie KIO. Przedmiotowa skarga została zatem wniesiona do właściwego miejscowo sądu okręgowego (Sądu Okręgowego Warszawa Praga), bowiem siedziba zamawiającego mieści się w obszarze właściwości tego sądu. Przekazanie skargi do rozpoznania tutaj Sądowi przez Sąd Okręgowy Warszawa Praga nastąpiło z uwagi na właściwość funkcjonalną, bowiem przedmiotowa sprawa ma charakter sprawy gospodarczej, a nie ze względu na właściwość miejscową. Wskazać należy, że w związku ze zmianami

organizacyjnymi w Sądzie Okręgowym Warszawa Praga nie ma od dnia 1 lipca 2012r. Wydziału Gospodarczego. Z tego względu, postanowieniem z dnia 20 grudnia 2012r. przedmiotowa skarga została przekazana zgodnie z właściwością funkcjonalną tut. Sądowi Okręgowemu - Wydziałowi Gospodarczemu.

Przechodząc do rozważań dotyczących istoty sporu, wskazać należy, iż Sąd Okręgowy uznał za zasadne wszystkie podniesione w skardze zarzuty i nie podzielił argumentacji KIO w zakresie uznania, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został dokonany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym naruszający przepis art. 29 ust. 2 P.z.p.

W odwołaniu Karya Sp. z o.o. podniosła, zarzut wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, wskazując, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ, dokonany w sposób dopuszczający tylko jedną metodę reprofilacji szyn, tj. szlifowanie rotacyjne to działanie zamawiającego ograniczające konkurencję. Odwołujący podniósł, że Warunki Techniczne PKP PLK S.A. część 1: „Warunki wykonania i odbioru robót” dopuszczają inne, oprócz szlifowania, technologie reprofilacji szyn, które mogą być zastosowane do należytego wykonania zadania nr 1 - czyli reprofilacji szyn w torach, tj. frezowanie i skrawanie. Z treści tego dokumentu odwołujący wywodził, iż zadanie nr 1 może zostać prawidłowo i skutecznie wykonane również przy zastosowaniu technologii frezowania.

W tym miejscu, z uwagi na wskazanie zakresu odwołania, należy odnieść się do podniesionego w skardze na wyrok KIO zarzutu naruszenia art. 192 ust.7 P.z.p., poprzez orzeczenie przez KIO co do zarzutu nie zawartego w odwołaniu i wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie nakazania zamawiającemu dopuszczenia technologii zmechanizowanego frezowania szyn zarówno w torach jak i w rozjazdach, podczas gdy zarzuty odwołania odnosiły się wyłącznie do postanowień SIWZ w zakresie reprofilacji szyn w torach, a nie w rozjazdach.

Zarzut ten należy uznać za zasadny. Istotnie KIO nakazała zamawiającemu zmianę SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie frezowania jako metody reprofilacji nie tylko szyn w torach ale również szyn w rozjazdach. Tymczasem z treści odwołania (k. 5 akt) wynika, iż odwołanie odnosi się jedynie do zakresu prac objętych zadaniem nr 1, które to zadanie dotyczy reprofilacji szyn w torach, a nie w rozjazdach. W tym zakresie orzeczenie KIO jest nieprawidłowe, jako wychodzące poza żądanie zawarte w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu wadliwego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję wskazać należy, że KIO uznała, że zarówno metoda szlifowania, jak i frezowania w równym stopniu nadają się do reprofilacji szyn.

Sąd Okręgowy takiego stanowiska nie podziela z następujących przyczyn.

Po pierwsze, w dokumencie Warunki Techniczne część 1: „Warunki wykonania i odbioru robót” w pkt 2.1 ust. 3 wskazano, że zmechanizowana obróbka szyn może być wykonywana przez szlifowanie rotacyjne, struganie lub frezowanie. Zatem istotnie, zgodnie z ww. Warunkami dopuszczalne są trzy metody reprofilacji szyn, z tym jednak zastrzeżeniem opisanym w ust. 7 pkt 2.1, że frezowanie nie może być stosowane w rozjazdach. Ponadto, w Warunkach Technicznych - część 1 - opisano 4 tryby reprofilacji szyn: początkowy, prewencyjny, naprawczy i regeneracyjny, z których wszystkie mają

zastosowanie do reprofilacji torów, a tylko pierwsze trzy do reprofilacji rozjazdów, zatem tryb regeneracyjny może być stosowany wyłącznie w torach (pkt 2.3 ust. 3).

Jednakże dla pełnego oglądu rozważanego zagadnienia wskazać należy, na część 2 Warunków Technicznych opracowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pn. „Wytoczne kwalifikacji”, które to warunki należało mieć na względzie przy opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ.

W Warunkach Technicznych część 2, w pkt 4.3.1 opisującym uwarunkowania technologiczne związane z doбором technologii reprofilacji wskazano w ust. 2, że w przypadku szlifowania, siła docisku tarcz i możliwość rozłączenia głowic reprofilacyjnych gwarantuje ciągłość obróbki, również na długości dna fal długich, a zatem pozwala na likwidowanie fal długich. Natomiast, w przypadku strugania i frezowania, narzędzie skrawające ustawione jest w nawiązaniu do przedniego i tylnego punktu podparcia głowicy i z tego względu w strefie dna fal długich lub nierówności toru zagłębienie narzędzia maleje, a w skrajnych przypadkach może całkowicie tracić kontakt z powierzchnią głowki szyny. Zatem, jak wskazano w pkt 4.3.1 ust. 4 Warunków Technicznych część 2, wpływ fal długich, a także dość powszechne na sieci

PKP PLK S.A. nierówności toru powodują, że zastosowanie strugania lub frezowania spowodować może nierównomierność procesu obróbki. Z tych względów zastosowanie frezowania lub strugania wymaga bardzo starannego rozpoznania stanu toru i powierzchni tocznej szyn z punktu widzenia głębokości fal długich i nierówności toru.

Wobec powyższych uwarunkowań technologicznych, jak wskazano w pkt 4.3.1. ust.5 Warunków Technicznych część 2, w trybie początkowym i prewencyjnym zaleca się stosować szlifowanie rotacyjne, a w trybie naprawczym i regeneracyjnym dopuszcza się stosowanie równych technologii, przy czym zastosowanie frezowania lub strugania wymaga uprzedniego bardzo starannego rozpoznania stanu toru i powierzchni tocznej szyn z punktu widzenia głębokości fal długich i nierówności toru.

Tymczasem, jak wskazano w pkt 4.2.2. ust. 2 Warunków Technicznych część 2, prace przygotowawcze są obligatoryjne tylko przy reprofilacji rozjazdów, natomiast przygotowanie torów do reprofilacji nie jest konieczne, jest jedynie zalecane w razie potrzeby.

Ponadto, w rozjazdach może być stosowane wyłącznie szlifowanie w 3 dopuszczalnych trybach (początkowym, prewencyjnym i naprawczym), co wynika z pkt 3.4 ust. 1 Warunków Technicznych część 2.

Podsumowując, przytoczone wyżej uwarunkowania technologiczne odnoszące się do doboru technologii reprofilacji, wskazać należy, że technologia zmechanizowanego frezowania w ogóle nie ma zastosowania do reprofilacji szyn w rozjazdach, a jedynie do reprofilacji torów. Ponadto, technologia frezowania nie może być stosowana we wszystkich trybach reprofilacji torów, a tylko w trybie naprawczym i regeneracyjnym. Nadto, frezowanie nie może mieć zastosowania do wszystkich rodzajów torów z uwagi na ich stan, tj. występowanie fal długich oraz występujące dość powszechnie nierówności torów. Zastosowanie frezowania w tym przypadku prowadzi do zbyt dużej grubości zbierania materiału na wierzchołkach fal długich i pozostawienie bez reprofilacji strefy dna takich fal. Zastosowanie frezowania powoduje zatem konieczność przeprowadzenia szczegółowego rozpoznania stanu torów i kosztownych robót przygotowawczych, co w przypadku torów nie jest

konieczne, a jedynie zalecane w razie potrzeby, bowiem przygotowanie do reprofilacji jest obligatoryjne jedynie w odniesieniu do rozjazdów.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na stan torów sieci PKP PLK S.A. opisany w dokumencie „Ocena nawierzchni” (k. 93 akt), z którego wynika, że niecałe 40% torów jest w stanie dobrym, 31,9% w stanie dostatecznym, 23,6 % w stanie niezadowalającym i 4,6% w stanie złym.

Mając na uwadze wskazane wyżej uwarunkowania technologiczne dotyczące doboru metody reprofilacji szyn, wynikające z powołanych Warunków Technicznych część 1 i 2 oraz stan torów sieci PKP PLK S.A., Sąd Okręgowy w pełni podziela argumentację Skarżącego do wyboru technologii reprofilacji. Należy w tym zakresie zaakceptować stanowisko zamawiającego, który wskazał, że przy doborze technologii reprofilacji kierował się zasadą zastosowania technologii optymalnej, tj. takiej, która po pierwsze sprawdza się we wszystkich trybach reprofilacji. Frezowanie nie jest dopuszczalne w trybie początkowym i prewencyjnym, a taki tryb dotyczy znacznej części zamówienia. Po drugie zaś, Zamawiający chce nabyć usługę reprofilacji szyn w technologii najlepiej dostosowanej do zróżnicowanego stanu torów i rozjazdów, w celu uniknięcia nakładów na specjalne pomiary i naprawy torów, które to pomiary byłyby konieczne w celu dokonania reprofilacji torów inną metodą niż szlifowanie. Zgodnie z Warunkami Technicznymi obligatoryjne jest jedynie przygotowanie do reprofilacji rozjazdów, co do torów nie ma takiego obowiązku, ale takie prace przygotowawcze można pominąć jedynie w technologii szlifowania, gdzie nie występuje niebezpieczeństwo braku skuteczności reprofilacji w przypadku występowania fal długich i nierówności torów.

Powyższe wskazuje, że wybór przez zamawiającego w zakresie zadania nr 1 (reprofilacja torów) technologii zmechanizowanego szlifowania jest w pełni uzasadniony jego potrzebami, które wynikają z warunków technicznych, których respektowanie (w szczególności w odniesieniu do zachowania zasad bezpieczeństwa ruchu na torach) jest konieczne. Z przedstawionych wyżej względów usługa opisana w SIWZ co do przedmiotu zamówienia jest zamawiającemu potrzebna i w pełni wynika z jego uzasadnionych potrzeb.

Zatem, w ocenie Sądu Okręgowego, nie można podzielić argumentacji Karya Sp. z o.o., że wskazany w SIWZ opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób ograniczający zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający chce nabyć usługę reprofilacji torów metodą, która jest najmniej wymagająca pod względem przygotowania toru do reprofilacji. Taką metodą jest szlifowanie rotacyjne, które zgodnie z Warunkami Technicznymi jest metodą bardziej odpowiednią i skuteczną w przypadku nierówności toru oraz dużego zużycia falistego szyn.

Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa, zamawiający związany jest treścią art. 29 ust. 2 P.z.p., jednak dokonuje on opisu przedmiotu zamówienia stosownie do swoich potrzeb, bowiem ww. przepis nie ma charakteru absolutnego (wyrok KIO z dnia 12 października 2012r. sygn. akt 2084/12, opubl. w LEX nr 1226508).

Ponadto, zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku KIO z dnia 13 lipca 2012r. sygn. akt 1366/12, opubl. w LEX 1212132, które Sąd orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela, zamawiający ma pełne prawo opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb, nie ma zaś obowiązku zapewnić realizacji zamówienia wszystkim wykonawcom, tym bardziej, że co

do zasady jest to niemożliwe; brak jest reguły, która nakazywałaby zamawiającemu redukcja swoich potrzeb tylko w tym celu, aby jak największa ilość wykonawców mogła złożyć ofertę, a za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat sprzętu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.

W innym orzeczeniu KIO wyrażono trafny pogląd, że okoliczność, iż na rynku występują wykonawcy nie produkujący danego przedmiotu lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nie opłacalna, nie przesądza o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji; zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swoich wymagań, by mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego, często specyficznym, potrzebom (wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2012r. sygn. akt 1723/12 opubl. w LEX 1216247).

Powyższe poglądy są aprobowane również w doktrynie - w tym zakresie wskazać należy na stanowisko wyrażone przez M. Stachowiak w Komentarzu do art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, które Sąd Okręgowy w pełni podziela.

W odniesieniu do podniesionego przez Kary Sp. z o.o. zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wskazać należy dodatkowo na okoliczność, iż pełnomocnik skarżącego na rozprawie przed Sądem Okręgowym oświadczył, iż przeciwnik skargi nie posiada żadnych dowodów na okoliczność, że tylko jedna firma jest w posiadaniu maszyny szlifierskiej dopuszczonej do eksploatacji w Polsce. Z oświadczenia pełnomocnika skarżącego wynika ponadto, że jeden podmiot w Polsce ma świadectwo dopuszczenia do ruchu na torach określonego typu pociągu szlifierskiego, co oznacza, że inne firmy mające pociąg tego samego producenta mogą wykonywać usługę szlifowania torów oraz że inny podmiot jest w trakcie uzyskiwania świadectwa na maszynę szlifierską innego typu. Natomiast pełnomocnik przeciwnika skargi oświadczył na rozprawie przed Sądem Okręgowym, że nie posiada dowodu na to, że tylko jedna firma posiada maszynę szlifierską dopuszczoną do eksploatacji w Polsce.

Tymczasem wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 2 P.z.p. nie tworzy domniemania, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający jego dyspozycję, dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, nie następuje więc przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego; art. 29 ust. 2 P.z.p. nie wymaga pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, wystarczy udowodnienie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia, co nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, które przepis ten wskazuje.

W tym miejscu wskazać należy, że Sąd Okręgowy pominął dowód w postaci zeznań świadka zgłoszony w odpowiedzi na skargę, jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy, z uwagi na to, że okoliczności na jakie świadek miałby zeznawać zostały wykazane dokumentami, w szczególności Warunkami Technicznymi PKP PLK S.A.

Mając na uwadze wszystkie wskazane wyżej argumenty, w ocenie Sądu Okręgowego, zarzuty podniesione w skardze, w tym dotyczące naruszenia prawa materialnego, tj. art. 29 ust. 2 i 22 ust. 4 P.z.p. oraz prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przy ocenie dokumentów w postaci Warunków Technicznych PKP PLK S.A. i „Opinii dotyczącej jakości frezowania (...), należy uznać za całkowicie

uzasadnione.

Z tych względów, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 P.z.p. zmienił zaskarżony wyrok w zakresie objętym skargą, tj. w pkt 1 i oddalił odwołanie.

Wskazać należy, że zamawiający nie zaskarżył wyroku KIO w zakresie kosztów postępowania. Z treści skargi wyraźnie wynika, iż wyrok ten został zaskarżony przez zamawiającego w części uwzględniającej odwołanie oraz nakazującej zamawiającemu wprowadzenie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w załącznikach do tej specyfikacji. Wprawdzie, w razie zaskarżenia orzeczenia co do istoty sprawy nie ma obowiązku osobnego zaskarżania rozstrzygnięcia w zakresie kosztów, zatem nie ma potrzeby wnosić osobnego środka zaskarżenia. Jednak, aby skutecznie zaskarżyć rozstrzygnięcie co do kosztów postępowania, należy właściwie określić zakres zaskarżenia orzeczenia skargą, tj. należy wskazać, iż orzeczenie jest skarżone również co do kosztów. Przedmiotowa skarga nie zawiera takiego wskazania zakresu zaskarżenia.

O kosztach postępowania skargowego, Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 P.z.p. i § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust.1 rozporządzenia w