

Sygn. akt: KIO/1016/10

**WYROK**  
**z dnia 10 czerwca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 maja 2010 r. przez **SBM Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Metro Warszawskie Sp. z o.o., Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **SBM Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **SBM Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Realizację kontroli na miejscu metodą inspekcji terenowej i metodą Foto na terenie 16 województw*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 15 maja 2010 r., pod nr: 2010/S 94-142630.

W postępowaniu tym firma SBM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 25 maja 2010 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Odwołujący w treści złożonego odwołania zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez umieszczenie w Załączniku nr 1 do SIWZ (specyfikacja techniczna w pkt 3.2.14 warunku wskazującego na jednego wykonawcę. We wskazanym zapisie SIWZ Zamawiający narzucił konieczność posiadania przez maszynę szlifującą Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Zdaniem Odwołującego wskazany wymóg nie dotyczy usługi szlifowania, która jest przedmiotem zamówienia, a powyższe uniemożliwia złożenie oferty i uzyskanie zamówienia wykonawcom poza jednym. Wskazany przez Zamawiającego warunek dotyczy wyłącznie pojazdów kolejowych, które samodzielnie poruszają się po torach czynnych operatora infrastruktury. Tymczasem usługa szlifowania, będąca przedmiotem zamówienia, jest realizowana na torze zamkniętym na czas wykonywania tej usługi, zatem narzucony warunek nie znajduje tu zastosowania. Podkreślił, że w Polsce tylko jeden wykonawca posiada takie Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego (nr świadectw: T/2009/0005, T/2009/0204) dla swoich maszyn w związku z poruszaniem się po torach czynnych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.. Podkreślił, że maszyna szlifująca, którą Odwołujący zamierza użyć do wykonania zamówienia jest specjalnie przeznaczona do pracy w systemach metra i na miejsce pracy (tor zamknięty) jest

dostarczana transportem drogowym na przyczepie ciężarowej. W związku zaś z takim sposobem transportu nie zachodzi konieczność uzyskania w tym przypadku Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem.

Odwołujący podniósł również, że sam Zamawiający ma świadomość powyższego bowiem w załączniku nr 9 do Specyfikacji Technicznej wskazał warunki transportu maszyny szlifującej po torach czynnych operatora infrastruktury PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na miejsce pracy..

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o wykreślenie pkt 3.2.14 z załącznika nr 1 do SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wykazuje bowiem, podnosząc zarzuty odwołania, że kwestionowany przez niego warunek udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Powyższe wskazuje także na konkretny uszczerbek w interesie gospodarczym Odwołującego, przejawiającym się w możliwości złożenia przez niego oferty w postępowaniu i w przyszłości pozyskania do realizacji tego zamówienia. Tym samym wypełniona zastała materialnoprawna przesłanka do złożenia odwołania wynikającą z dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i stanowiska stron postępowania Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie jest to, iż Odwołujący nie udowodnił, iż postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w

postępowaniu, na potwierdzenie którego należało dysponować Świadectwem dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w Warszawie oraz świadectwo sprawności technicznej dla pojazdów kolejowych zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To na Odwołującym, który z opisanego przez Zamawiającego wymogu SIWZ czyni warunek naruszający przepisy ustawy Pzp dotyczące zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz posiłkowo z art. 6 Kc spoczywa ciężar wykazania, że wskazane naruszenie prowadzi do ograniczenia konkurencji.

W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 5.3.2 lit. a) SIWZ określił podmiotowy warunek udziału w postępowaniu polegający na wymogu dysponowania potencjałem technicznym do wykonania niniejszego zamówienia w postaci maszyny szlifującej spełniającej warunki określone w pkt 3.2 Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik do SIWZ. Na potwierdzenie spełniania tego wymogu, zgodnie z pkt 6.2 lit. a) wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć oświadczenie o dysponowaniu maszyną szlifującą przeznaczoną do realizacji przedmiotu zamówienia na druku stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Jednocześnie też Zamawiający w pkt 3.2.14 Specyfikacji Technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) określił kwestionowany wymóg dotyczący maszyny szlifującej wykorzystywanej do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał tam, że pojazd ów musi posiadać Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydawane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w Warszawie oraz świadectwo sprawności technicznej dla pojazdów kolejowych zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym.

Zaprezentowane przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego dowody na potwierdzenie stawianego Zamawiającemu zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu nie potwierdzają tego naruszenia.

Twierdzenie Odwołującego, że wyłącznie jedna firma, tj. firma Speno International S.A. dysponuje wymaganym Świadectwem dopuszczenia dla maszyny, która miałaby być użyta do świadczenia usługi, nie znalazło potwierdzenia. Przedłożony na potwierdzenie tego twierdzenia przez Odwołującego wydruk z rejestru Świadectw dopuszczenia od eksploatacji wydanych w roku 2009, pochodzący – jak wskazał Odwołujący – ze strony internetowej Prezesa UTK stanowi jedynie fragment wykazu wydanych przez Prezesa świadectw dopuszczenia do eksploatacji wydanych w roku 2009. Wydruk ten zawiera pozycje od 1-6 (jedna strona) i od 101 – 213 (druga strona), zatem jest niepełny. Na podstawie przedłożonych wydruków, w tym wskazanych przez Odwołującego poz. 5 i 204 można

stwierdzić jedynie, że dla firmy Speno International S.A. wydano bezterminowo dwa Świadectwa dopuszczenia, w tym jedno dla pociągu szlifierskiego SPENO typu RR32M w wersji RR32M-2 i RR32M-3 oraz drugie dla pojazdu specjalnego – szlifierki szyn w rozjazdach typu RR 16 MS. Dowód ten natomiast w żaden sposób nie wykazuje, że tylko i wyłącznie – biorąc pod uwagę przede wszystkim rynek polskich wykonawców – wskazana firma dysponuje maszyną, która spełnia wymóg Zamawiającego. Wykaz wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego Świadectw nie jest bowiem pełny, a poza tym w latach wcześniejszych, jak i bieżącym roku, takie Świadectwa mogły być dodatkowo wydawane. Izba zwraca również uwagę, że uzyskanie Świadectwa dopuszczenia nie jest sytuacją nadzwyczajną. Każdy z wykonawców, który jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może ubiegać się o uzyskanie takiego Świadectwa w odniesieniu do maszyny, którą aktualnie posiada, ewentualnie może nabyć taką maszynę, czy też w inny sposób pozyskać określony sprzęt do świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia dla wypełnienia wymogu dysponowania taką maszyną. Nie jest w takiej sytuacji niemożliwe również przykładowo wynajęcie takiej maszyny od innej firmy, która takim sprzętem dysponuje. Powyższe zatem w żadnej mierze nie może świadczyć o ograniczeniu możliwości ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez Odwołującego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której zasadne byłoby przyjmowanie, że w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Zamawiający określa pewne wymogi co do potencjału technicznego, a tego potencjału jakiś wykonawca nie posiada, zostają naruszone normy o prowadzeniu postępowania zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Takie stanowisko nie znajduje jednak uzasadnienia w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Co do kolejnych dowodów przedłożonych w niniejszej sprawie przez Odwołującego, tj. SIWZ dla postępowania na szlifowanie korekcyjnych szyn kolejowych prowadzonego przez Metro Warszawskie w 2009 roku (EH/250/34/AK/09) oraz ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ dotyczących analogicznych usług, co niniejszy przedmiot zamówienia, które prowadzone było przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie w 2007 roku (nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE 2007/S38-046712) i przedłożone w tym zakresie: umowa o zamówienie publiczne zawarta z firmą Schwerbau oraz list referencyjny o należytej realizacji usługi, Izba uznała, że nie potwierdzają one stawianego Zamawiającego zarzutu. Na podstawie przedłożonych dokumentów Odwołujący wywodził, że w poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego i w roku 2007 przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie postępowaniach, dotyczących analogicznych usług nie stawiano takiego wymogu wykonawcom, który to wymóg aktualnie został określony w pkt 3.2.14 Załącznika nr 1 do SIWZ. Okoliczność ta nie była zaprzeczona przez Zamawiającego. Potwierdził on, że w

bieżącym roku po przeprowadzonych u niego kontrolach Urzędu Transportu Kolejowego podjął decyzję o wprowadzeniu do wymogów SIWZ kwestionowanego przez Odwołującego Świadectwa dla maszyny szlifującej. Powyższe Zamawiający uzasadniał tym, że wyniki kontroli wskazywały na konieczność świadectw dotyczących wszelkich eksploatowanych w metrze pojazdów specjalnych. Z tego Zamawiający wywiódł, iż niezbędne jest również Świadectwo dotyczące maszyny do szlifowania. Tak więc przedłożone przez Odwołującego wskazane powyżej dowody nie potwierdzają okoliczności wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a jedynie potwierdzają okoliczność braku żądania wskazanych dokumentów przez Zamawiającego w uprzednio prowadzonych postępowaniach, czemu Zamawiający nie zaprzeczył.

Co do przedłożonego przez Odwołującego pismo Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 9 czerwca 2009 r., skierowanego do Odwołującego (TTZ-612-176/70/10) na okoliczność wykazania, iż usługa stanowiąca przedmiot niniejszego zamówienia może być wykonywana na terenie Metra Warszawskiego przez urządzenie nie posiadające świadectwa wymaganego przez Zamawiającego, Izba uznała, że dowód ten nie jest wystarczający dla uznania, że we wskazanym zakresie naruszono zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Wskazane pismo zostało wydane na wniosek Odwołującego i jego wystąpienie do Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego – jak wynika z treści samego pisma. Izbie nie została przedłożona treść zapytania skierowanego do Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, co ewentualnie mogłoby wskazywać wprost na intencje Odwołującego i kierunek zapytania, którego dotyczy udzielona odpowiedź. Wobec braku powyższego Izba dokonała analizy treści pisma Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego wyłącznie w oparciu o treść tego właśnie pisma. Z treści pisma wynika natomiast, że w przypadku, gdy pojazd pomocniczy będzie wykonywał pracę w torze zamkniętym, tj. prowadził szlifowanie toru, które uniemożliwia prowadzenie ruchu pociągów na tym torze, nie wymaga uzyskania Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji, ale pod warunkiem wykonywania jego pracy i jazdy po torze zamkniętym, zgodnie z obowiązującymi w Metrze Warszawskim przepisami. Jednocześnie wskazano też, że odpowiedzialność za bezpieczne wykonywanie pracy i jazdy pojazdu w tym przypadku ponosi Metro Warszawskie, jak i wykonawca robót.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła, że warunkiem koniecznym posiadania Świadectwa dopuszczenia pojazdu, o które toczy się pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym spór, jest wykonywanie prac na torze zamkniętym. Rozumienie pojęcia: „tor zamknięty” nie zostało zdefiniowane ustawowo co podkreślił tak Zamawiający, jak i Odwołujący. Zamawiający w toku rozprawy twierdził, że przez zamknięcie toru rozumie

całkowite zamknięcie toru, na którym będą prowadzone prace szlifierskie, czego nie można utożsamiać tylko z wyłączeniem ruchu pasażerskiego. Podkreślił, że w niniejszym przypadku nie dojdzie do całkowitego zamknięcia toru. Prace będą następowały na pewnych odcinkach i tylko te odcinki toru nie będą dostępne dla ruchu. W tym tylko zakresie dojdzie też do wyłączenia napięcia w tzw. trzeciej szynie. Odwołujący natomiast wywodził, że w przypadku prowadzenia prac szlifierskich konieczne jest wyłączenie z zasilania całej trzeciej szyny i że nie ma w tym zakresie możliwości częściowego wyłączenia zasilania trzeciej szyny. Wskazywał tym samym, że w tym przypadku musi dojść do zamknięcia całego toru.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowiska stron postępowania Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który jako dysponent linii metra posiada najlepszą wiedzę na temat możliwości technicznych wyłączenia napięcia trzeciej szyny, jak również technik prowadzenia prac na torach, biorąc pod uwagę jego dotychczasowe doświadczenie w tym zakresie. Odwołujący zaś, podnosząc jedynie odmienne od Zamawiającego twierdzenia w tym zakresie, w żaden sposób nie udowodnił tych twierdzeń, a to na nim – jak wskazano powyżej – spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne.

Tym samym zatem, przyjmując za wiarygodne stanowisko Zamawiającego, skoro w niniejszym przypadku nie dojdzie do zamknięcia toru *a contrario* z pisma Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego można wywodzić, że obowiązek posiadania Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego dla urządzenia szlifującego szyny jest konieczne. Stanowiska Izby w tym względzie nie zmienia również odwoływanie się przez Odwołującego do przepisów rozporządzeń Ministra Transportu, w tym rozporządzenia z dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji i jego § 157 ust. 3 gdzie mówi się o możliwości wjazdu pojazdu szynowego na tory po pierwsze w przerwie ruchu pasażerskiego, a po drugie po wyłączeniu zasilania trzeciej szyny, jak również rozporządzenia Ministra Transportu z 23 listopada 2004 roku w sprawie przepisów porządkowych obowiązujących na obszarze kolejowym w pociągach i innych pojazdach kolejowych. Wskazane przepisy nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii co należy rozumieć przez pojęcie zamkniętego toru – nie zawierają bowiem definicji tego pojęcia.

Również twierdzenia Odwołującego o tym, że ustawa o transporcie kolejowym nie ma zastosowania do robót budowlanych, remontów, czy bieżącej konserwacji, które to usługi objęte są przedmiotem zamówienia, Izba uznała za nie mające żadnego uzasadnienia, a tym samym także znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy odwoławczej. Przepisy ustawy o transporcie kolejowym nie wykluczają bowiem ich stosowania do usług objętych przedmiotem zamówienia – nawet jeśli są to usługi mają charakter robót budowlanych, a wręcz przeciwnie.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający, który – jak wynika z pisma Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego – jest również odpowiedzialny za bezpieczne wykonanie prac i przejazd pojazdu wykorzystywanego do realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia, może określać w tym zakresie adekwatne warunki udziału w postępowaniu, które umożliwią zapewnienie takiego bezpieczeństwa w linii metra, aby zabezpieczyć swoje interesy w tym względzie. Zamawiający ma prawo bowiem opisać w taki sposób realizację usługi, w tym również – wbrew twierdzeniom Odwołującego - co do sprzętu, który ma być użyty przy jej realizacji, aby wszelkie aspekty wykonywania tej usługi, w tym również co do bezpieczeństwa jej świadczenia, zostały wypełnione. Powyższe ograniczone jest jedynie przez konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, której naruszenia Odwołujący w żaden sposób nie wykazał.

Mając powyższe na uwadze działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....