

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 21 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **21 października 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2014 r.

przez wykonawcę: **Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu**

w postępowaniu pn. *Modernizacja kolejowego taboru pasażerskiego o napędzie elektrycznym* (nr postępowania WOI RZL.II.272.42.2014.JD)

prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego z siedzibą w Szczecinie**

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: **Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu** kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego z siedzibą w Szczecinie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Modernizacja kolejowego taboru pasażerskiego o napędzie elektrycznym* (nr postępowania WOIRZL.II.272.42.2014.JD). 1 października 2014 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S\_188-332227 ogłoszenie o tym zamówieniu. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 października 2014 r. Odwołujący – Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu {spółka zwana również dalej w skrócie „Newag”} wniósł – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu {bez bliższego jej sprecyzowania} oraz postanowień pkt I.1.1.3 załącznika nr 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy pzp – przez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a ponadto naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. {w odwołaniu lit. a} Dokonania zmiany zakwestionowanego postanowienia SIWZ {*Zamawiający wymaga, aby pojazdy po wykonanej modernizacji były kompatybilne między sobą oraz z pojazdami serii EN57AL modernizowanymi w latach 2013-2014 dla Województwa Zachodniopomorskiego.*}:
  - na następujące brzmienie: *Zamawiający wymaga, aby pojazdy po wykonanej modernizacji były kompatybilne między sobą.*
  - lub alternatywnie na następujące brzmienie: *Zamawiający wymaga, aby pojazdy po wykonanej modernizacji były kompatybilne między sobą oraz z pojazdami serii EN57AL modernizowanymi w latach 2013-2014 dla Województwa Zachodniopomorskiego. Zamawiający oświadcza, że dysponuje pełną dokumentacją techniczną modernizacji pojazdów serii EN57AL (w szczególności dokumentacją konstrukcyjną oraz WTWiO) z pełnymi prawami jej udostępnienia wybranemu w ramach*

*przedmiotowego postępowania wykonawcy. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązuje się do udostępnienia pełnej dokumentacji modernizacji pojazdów EN57 do serii EN57AL umożliwiającą zapewnienie kompatybilności (w wymaganym przez Zamawiającego zakresie) pojazdów stanowiących przedmiot niniejszego postępowania z pojazdami serii EN57AL modernizowanymi w latach 2013-2014. Zamawiający udostępniając ww. dokumentację złoży oświadczenie o jej kompletności w odniesieniu do celu, któremu ma służyć. Dokumentacja zostanie udostępniona w terminie 7 dni od zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego.”*

– względnie o dokonanie innej stosownej zmiany powodującej, że wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego, uzyska od zamawiającego dostęp do dokumentacji technicznej pojazdów serii EN57AL w zakresie umożliwiającym wykonanie zamówienia co do zapewnienia kompatybilności pojazdów dostarczanych przez wykonawcę z pojazdami EN57AL.

2. {w odwołaniu lit. b} Wprowadzenia do SIWZ zapisu definiującego pojęcie „kompatybilności pojazdów” i wskazującego zakres wymaganej kompatybilności pojazdów modernizowanych przez Wykonawcę z pojazdami serii EN57AL modernizowanymi w latach 2013 - 2014 dla Zamawiającego.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyżej wymienione zarzuty przez podanie w szczególności następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesionego odwołania.

Odwołujący podał, że w załączniku nr 7 do SIWZ w pkt. I.1.1.3 Zamawiający zawarł wymóg, aby wykonana modernizacja pojazdów zapewniała ich kompatybilność z pojazdami serii EN57AL modernizowanymi w latach 2013 - 2014 dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że jednocześnie w żadnym z zapisów SIWZ Zamawiający nie zapewnił udostępnienia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, dokumentacji pojazdów serii EN57AL, czyli pojazdów już posiadanych przez Zamawiającego. Udostępnienie tejże dokumentacji jest niezbędne dla wykonawcy, aby mógł zapoznać się z rozwiązaniami technicznymi stosowanymi w tychże pojazdach, i aby w ramach prowadzonej przez siebie modernizacji zapewnił kompatybilność tychże pojazdów między sobą.

Odwołujący opisał rynek modernizowanych pojazdów EN57, które były produkowane w zakładach Pafawag we Wrocławiu w latach 1962 - 1994, w łącznej łącznie liczbie ponad 1412 sztuk. Pojazdy modernizowane są wyłącznie w Polsce, praktycznie przez podmioty wchodzące w skład dwóch grup kapitałowych: po pierwsze – PESA {PESA oraz ZNTK Mińsk Mazowiecki (ZNTKMM)} oraz, po drugie – Newag (Newag Nowy Sącz oraz Newag Gliwice). Przy czym pojazdy modernizowane przez podmioty obu grup kapitałowych realizowane są

## Sygn. akt KIO 2114/14

w oparciu o całkowicie odmienną dokumentację konstrukcyjną (w rezultacie po modernizacji pojazdy nie są kompatybilne między sobą), a – poza nielicznymi wypadkami – pojazdy zmodernizowane otrzymują odrębne świadectwa dopuszczenia do eksploatacji. Dokumentacja modernizacji jest własnością danego wykonawcy i jest pilnie strzeżoną tajemnicą jego przedsiębiorstwa. Modernizacja serii EN57AL wykonana została przez podmioty grupy PESA, pierwotnie dla Województwa Lubelskiego. W oparciu o dokumentację modernizacji tej serii modernizowane są również w latach 2013-2014 przez podmioty grupy PESA pojazdy dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że wprowadzony przez Zamawiającego wymóg kompatybilności z pojazdami serii EN57AL modernizowanymi w latach 2013 - 2014, bez udostępnienia właściwej i kompletnej dokumentacji konstrukcyjnej przez Zamawiającego, uniemożliwi wykonawcom innym niż PESA (lub ZNKT MM) złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu i wykonanie zamówienia. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający doprowadził w ten sposób również do jawnej preferencji jednego z wykonawców (PESA, ZNTK MM), co stanowi naruszenie art. 7 i art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący stwierdził, że wykonanie zamówienia przez innych wykonawców będzie możliwe wyłącznie wtedy, jeżeli Zamawiający ograniczy wymóg kompatybilności wyłącznie do pojazdów stanowiących przedmiot niniejszego postępowania lub wówczas, gdy Zamawiający udostępni pełną i kompletną dokumentację modernizacji w całym zakresie kompatybilności z oświadczeniem o jej kompletności.

Odwołujący dodatkowo podniósł, że w treści SIWZ nie określono zakresu wymaganej kompatybilności pojazdów modernizowanych przez wykonawcę w ramach tego zamówienia z pojazdami serii EN57AL. Wniosek o nakazanie Zamawiającemu zdefiniowania tego pojęcia w treści SIWZ podyktowany jest tym, że może być ono różnie interpretowane, na co wskazuje dotychczasowa praktyka rynkowa. Interpretacja taka może obejmować np. wyłącznie możliwość łączenia pojazdów dostarczanych przez wykonawcę z pojazdami EN57AL celem wspólnej eksploatacji, ale może również być rozumiana szerzej, np. jako zapewnienie wymienności pewnych elementów czy funkcji pojazdów. Stąd, aby uniknąć rozbieżności interpretacyjnych pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, zasadne jest precyzyjne zdefiniowanie pojęcia „kompatybilność” w treści SIWZ oraz szczegółowe określenie, w jakim zakresie dostarczany przez wykonawcę pojazd ma być kompatybilny z pojazdem EN57AL. W ocenie Odwołującego zaniechanie tego stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp, gdyż nie opisuje zakresu wymaganej kompatybilności w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Pismem z 15 października 2014 r. Zamawiający poinformował Izbę, że zawiadomienie

## Sygn. akt KIO 2114/14

o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią zamieścić na swojej stronie internetowej oraz 13 października 2014 r. przekazał wykonawcom drogą elektroniczną.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

17 października 2014 r. wpłynęła do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy pzp uwzględni odwołanie w całości.

Zamawiający dodał, że w wyniku uwzględnienia odwołania zmienia treść SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tj. w miejsce zakwestionowanego brzmienia pkt I.1.1.3 załącznika nr 7 do SIWZ wprowadza następujące: *Zamawiający wymaga aby pojazdy po wykonanej modernizacji były kompatybilne między sobą.*

### **W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 17 października 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności Zamawiającego, które podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego.

## Sygn. akt KIO 2114/14

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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:** .....