

Sygn. akt: KIO/ 2518/10

KIO/ 2534/10

**WYROK**  
z dnia 30 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Rzońca

**Członkowie:** Katarzyna Ronikier - Dolańska  
Ewa Sikorska

**Protokolant:** Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **24 listopada 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. NEWAG Spółka Akcyjna, 33 – 300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 (Sygn. akt KIO 2518/10)**

**B. Stadler Bussnang AG, CH-9565 Bussnang, Industriestrasse 4, Szwajcaria (Sygn. akt. KIO 2534/10)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna, 59 – 220 Legnica, ul. Wojska Polskiego 1/lok. 5.**

przy udziale wykonawcy

**Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85 – 082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 (Sygn. akt KIO 2518/10, KIO 2534/10)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

**orzeka:**

1. **Uwzględnić oba odwołania i nakazuje zmianę ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
2. Kosztami postępowania obciąża: **Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna, 59 – 220 Legnica, ul. Wojska Polskiego 1/lok. 5** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **30.000 złotych 00 groszy** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołujących się, w tym:
    - A** koszty w wysokości **15.000 złotych 00 groszy** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NEWAG Spółka Akcyjna, 33 – 300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3,**
    - B** koszty w wysokości **15.000 złotych 00 groszy** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez z kwoty wpisu uiszczonego przez **Stadler Bussnang AG, 9565 Bussnang, Industriestrasse 4, Szwajcaria,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **18.600 złotych 00 groszy** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna, 59 – 220 Legnica, ul. Wojska Polskiego 1/lok. 5** na rzecz **Stadler Bussnang AG, 9565 Bussnang, Industriestrasse 4, Szwajcaria** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 w **Legnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna, ul. Wojska Polskiego 1 lok. 5, 59-220 Legnica - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pięciu fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT). Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 9 listopada 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 219-336431. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 12 listopada 2010 r.

### **KIO 2518/10**

W dniu 19 listopada 2010 r. wykonawca NEWAG Nowy Sącz Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (dalej: „NEWAG” lub „Odwołujący”) wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji. W dniu 18 listopada 2010 r. Odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, tj. wprowadzenie wymogu wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w postaci dostaw pięciu fabrycznie nowych EZT, dla których wydano świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością co najmniej 160 km/h, co uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu, (pkt. III.2.3.1) ogłoszenia oraz rozdz. VI pkt. B 1) siwz. Ponadto Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, 1817), zwane dalej – „rozporządzeniem w sprawie rodzaju dokumentów”, poprzez zaniechanie wymogu wykazania się dostawami z okresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w to miejsce żądaniem wykazania się dostawami pojazdów, dla których w

okresie ostatnich trzech lat wydano świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h (pkt. III.2.3.1) ogłoszenia.

NEWAG wnosił o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji pkt. III.2.3.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdz. VI pkt. B 1) siwz poprzez:

- a) usunięcie wymogu posiadania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością co najmniej 160 km/h,
- b) dopuszczenie możliwości wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w dostawach nie mniej niż 4 fabrycznie nowych EZT przystosowanych konstrukcyjnie do wykonywania przewozów z prędkością nie mniejszą niż 160 km/h,
- c) żądanie wykazanie się dostawami fabrycznie nowych EZT zrealizowanymi w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, postawiony przez Zamawiającego wymóg w zakresie obowiązku posiadania świadectwa dopuszczenia do wykonywania przewozów z prędkością 160 km/h narusza uczciwą konkurencję, jako że bezzasadnie uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu, pomimo spełniania przez odwołującego pozostałych warunków przetargowych, w tym posiadania przez Odwołującego doświadczenia w zakresie dostawy czterech fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, przystosowanych technicznie do eksploatacji z prędkością 160 km/h. Odwołujący wskazywał, że jest producentem taboru szynowego, w tym elektrycznych zespołów trakcyjnych i posiada przy tym doświadczenie w postaci zrealizowania dostawy czterech EZT przystosowanych technicznie do eksploatacji z prędkością co najmniej 160 km/h. Odwołujący nie posiada jedynie świadectwa dopuszczenia do wykonywania z prędkością co najmniej 160 km/h. Wyjaśniał, że brak świadectwa spowodowany jest tym, że w okresie ostatnich trzech lat było zaledwie kilka przetargów na rynku krajowym na dostawę fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych. Każdy z tych przetargów charakteryzował się nieco odmiennymi wymaganiami technicznymi zamawianych pojazdów. Odwołujący brał udział w tych przetargach, jednakże wygrane i zrealizowane przez odwołującego przetargi dotyczyły pojazdów, które zgodnie z wymaganiami zamawiającego miały osiągać prędkość eksploatacyjną 130 km/h. Pojazd, który był przedmiotem dostawy przez Odwołującego (typ 19WE), posiada świadectwo dopuszczenia do eksploatacji właśnie z prędkością 130 km/h. Jest tak z tego względu, że podczas procesu badań (celem uzyskania świadectwa) pojazd był poddany próbom na liniach kolejowych, po których eksploatował go zamawiający, a były to linie wyłącznie o prędkości do 130 km/h. Jednakże Odwołujący wskazywał, iż konstrukcyjnie pojazd 19 WE jest przystosowany do wykonywania przewozów z prędkością 160 km/h.

Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, jakie na pojazd 19WE uzyskał Odwołujący (świadectwo nr T/2009/0168) wskazuje jednoznacznie, iż charakterystyka techniczna pojazdu określona została w „Dokumentacji techniczno-ruchowej elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 19WE nr NS/19WE/900/1777/08 wydanie II z sierpnia 2009r.” W opinii Odwołującego dokumentacja ta zaś wskazuje, iż pojazd jest konstrukcyjnie przystosowany do wykonywania przewozów pasażerskich z prędkością 160 km/h. Zatem w trakcie procesu wydania świadectwa Prezes Urzędu Kolejowego zatwierdził dokumentację techniczno-ruchową pojazdu 19WE, z której wynika, iż pojazd jest przystosowany do wykonywania przewozów z prędkością 160 km/h. Odwołujący podnosił, iż uzyskanie dla pojazdu 19WE świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h wymaga jedynie przeprowadzenia oficjalnych prób jazd z tą prędkością pod nadzorem Urzędu Transportu Kolejowego, który po tych jazdach potwierdzi spełnianie wymogu. Próby takie zaś mogą z powodzeniem zostać wykonane w trakcie realizacji niniejszego zamówienia i stanowić jeden z elementów przedmiotu zamówienia - wystarczającym jest bowiem, iż zamawiający wskaże obowiązek przedłożenia takiegoż świadectwa wraz z dostawą pojazdu. Taka też zresztą była dotychczasowa praktyka Zamawiających, którzy oczekiwali od wykonawców wykazania się doświadczeniem w dostawach pojazdów o cechach analogicznych do zamawianych, jednakże posiadanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji było wymagane dopiero na etapie dostawy pojazdu.

Odwołujący odnosząc się do wymogu posiadania doświadczenia w dostawie pięciu EZT wskazywał, iż wymóg ten narusza art. 7 ustawy w związku z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez ustalenie wymogów ograniczających dostęp do rynku. Odwołujący podkreślał, że posiada doświadczenie w dostawie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert czterech sztuk EZT, przystosowanych do wykonywania przewozów pasażerskich z prędkością 160 km/h. W ocenie Odwołującego, różnica pomiędzy dostawą czterech a pięciu EZT, w aspekcie posiadania doświadczenia niezbędnego dla wykonania niniejszego zamówienia (dostawa pięciu EZT), jest nieistotna, a sam fakt braku dostaw wymaganej ilości pojazdów wynika jedynie z opisanej powyżej sytuacji rynkowej, tj. nikłej ilości zamówień na tego typu pojazdy. Odwołujący wskazywał, że rynek dostaw EZT jest wyłącznie oparty na trybie zamówień publicznych. Oznacza to, iż ustalanie wymogów wyłącznie na poziomie analogicznym do przedmiotu zamówienia (jak w niniejszym postępowaniu), skutkować będzie udziałem na tym rynku wyłącznie podmiotu, który uzyska jako pierwszy zamówienie w postępowaniu, w którym wymogi doświadczenia były ustalone na poziomie niższym niż przedmiot zamówienia. Taka sytuacja ma miejsce odnośnie przetargów na dostawy EZT o prędkości eksploatacyjnej 160 km/h. Przetargów takich było kilka, a pierwszy w naszym kraju zaledwie pięć lat temu, z kilkuletnim okresem

dostawy 11 sztuk pojazdów. W przetargu tym, wobec braku na rynku polskim podmiotów posiadających doświadczenie w dostawach EZT o takiej prędkości, wystarczającym było wykazanie się doświadczeniem w wykonywaniu napraw i modernizacji pojazdów, a nie dostaw. Przetarg ten wygrała firma PESA z Bydgoszczy i przez dłuższy czas wyłącznie ta firma posiadała doświadczenie umożliwiające udział w przetargach na pojazdy eksploatowane z prędkością 160 km/h. Odwołujący uzyskał w tym czasie zamówienia na takie pojazdy i również posiada doświadczenie w ich dostawach, jednakże w okresie ostatnich trzech lat dostarczył cztery takie pojazdy. Stąd też aktualny w niniejszym postępowaniu wymóg wykazania się dostawami pięciu sztuk pojazdów bezzasadnie uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu i uzyskanie zamówienia.

Kolejno Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy, Zamawiający winien był żądać od wykonawców wykazu dostaw, zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przepis ten naruszył dwójnasób. Po pierwsze, nie żądał wykazu dostaw zrealizowanych w tym okresie, a wykazu dostaw EZT, dla których w okresie trzech lat wydano świadectwo dopuszczenia do eksploatacji. Po drugie, okres trzech lat Zamawiający nakazuje liczyć od ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy zgodnie ze wskazanymi powyżej przepisami okres ten winien być liczony od upływu terminu składania ofert.

W dniu 19 listopada 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wpływie przedmiotowego odwołania i wezwał do udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 22 listopada 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (dalej: „PESA” lub „Przystępujący”). Kopię przystąpienia strony postępowania otrzymały w dniu 22 listopada 2010 r. w formie faksu.

W dniu 29 listopada 2010 r. na niejawnym posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym uwzględnił część zarzutów odwołania uznając je za zasadne, a mianowicie w zakresie wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w postaci zrealizowanych dostaw:

1. Zamawiający uznał za zasadny zarzut nieproporcjonalnego określenia ilości EZT zrealizowanych dostaw w stosunku do przedmiotu zamówienia i zrezygnował z wymogu wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem zrealizowania dostaw w liczbie nie mniej niż 5 fabrycznie nowych EZT, a w to miejsce wprowadził wymóg wykazania się doświadczeniem zrealizowania dostaw nie mniej niż 3 fabrycznie nowych EZT - SEKCJA III.2.3) 1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. VI.B 1) siwz;
2. Zamawiający uznał także zarzut nieprawidłowego określenia okresu, w którym wykonawcy winni wykazać liczbą zrealizowanych dostaw (tj. oznaczenia tego okresu poprzez użycie słów: „w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”) - SEKCJA III.2.3)1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. VI.B 1) siwz.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu niewłaściwego opisanie warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w postaci zrealizowanych dostaw EZT, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160km/h.

### **KIO 2534/10**

W dniu 22 listopada 2010 r. wykonawca Stadler Bussnang AG Industriestrasse 4, CH-9565 Bussnang, Szwajcaria (dalej: „Stadler” lub „Odwołujący”) wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, którego kopię w tej samej dacie przekazał Zamawiającemu w formie elektronicznej oraz faksowej.

W odwołaniu Stadler zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 4, 25 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 6 i 13, art. 41 pkt 7 i 9, art. 85 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2, , art. 93 ust. 1a, art. 138c ust. 1 pkt 2, Pzp, ponadto § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ponadto w jego opinii Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz.1503 ze zm.).



Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu, tj. pkt III.2.3)1) a także modyfikacji postanowień siwz, tj. pkt VI.B.1 i pkt VIII.7, poprzez sformułowanie warunku doświadczenia i dokumentów wymaganych w tym zakresie zgodnie z przepisami prawa, a szczególności poprzez sprecyzowanie, że:
  - a) termin 3 lat miarodajny dla określenia warunku doświadczenia liczy się wstecz od upływu terminu składania ofert, a nie od dnia wszczęcia postępowania,
  - b) wykonawca ma wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) zrealizował wymaganą liczbę dostaw EZT, nie zaś - że w tym okresie zostało jedynie wydane świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, a sama dostawa EZT mogła nastąpić w terminie wcześniejszym,
  - c) EZT, których dostawami wykonawca się wykazuje, powinny mieć tymczasowe lub bezterminowe świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej lub państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień siwz w zakresie terminów realizacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia, tj. Załącznika nr 2 do Umowy, Harmonogram dostaw, a także wszelkich innych zapisów siwz odnoszących się do ww. terminów - w sposób zgodny z przepisami prawa oraz niestanowiący ograniczenia konkurencji w postępowaniu, tj. określenie terminu wykonania umowy do 26 miesięcy,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia, tj. pkt IV.2.1) a także modyfikacji postanowień siwz, tj. pkt XV oraz Załącznika nr 1 do specyfikacji (formularz oferty), a także wszelkich innych zapisów siwz odnoszących się do ww. kryterium, w szczególności poprzez wykreślenie kryterium oceny ofert w postaci terminu dostawy pierwszych dwóch pojazdów będących przedmiotem zamówienia - w tygodniach - poniżej wymaganego przez Zamawiającego terminu dostaw. Waga 25%,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia, tj. pkt

IV.3.6) a także modyfikacji postanowień siwz, tj. pkt X.1 poprzez określenie, że termin związania ofertą wynosi 90 dni,

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji pkt. XX.1 siwz poprzez jego wykreślenie,

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych żądań, wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania,

W przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy z wykonawcą wybranym na podstawie zapisów ogłoszenia i siwz w obecnym brzmieniu, przed upływem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wnosił o unieważnienie umowy.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do poszczególnych zarzutów podnosił m. in:

#### 1. Warunek doświadczenia

Odwołujący wskazywał, że postawiony przez Zamawiającego wymóg w zakresie doświadczenia jest niezgodny z przepisami Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, ponieważ:

1.1. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów termin 3-letni (lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - ten okres) powinien być liczony wstecz od terminu składania ofert. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie może odstępować od zasad nakreślonych treścią ww. rozporządzenia np. wskazywać, że w wykazie można wskazywać dostawy z ostatnich 10 lat. Termin, w ramach którego Zamawiający może badać doświadczenie, jest więc sztywny i nie ulega zmianie. Potwierdza to sam Zamawiający, wskazując w pkt IV.3.c) siwz rozporządzenie w sprawie dokumentów jako podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania. Tymczasem Zamawiający sztucznie wydłużył termin wymaganego doświadczenia, gdyż okres 3-letni liczy od dnia wszczęcia postępowania (tj. 11.11.2010 r.), a nie - jak wymaga ustawa w art. 25 ust. 2 oraz rozporządzenie w sprawie dokumentów - od terminu składania ofert, który obecnie jest wyznaczony na dzień 04.01.2011 r.

1.2. Zdaniem Odwołującego kwestionowany warunek udziału w postępowaniu jest nieprecyzyjny, ponieważ można jak zauważa Odwołujący, odczytywać go na dwa sposoby. Po pierwsze, w ogłoszeniu o zamówieniu (gdzie Zamawiający nie postawił przecinka po zwrocie „160km/h”) warunek ten można czytać w ten sposób, iż w okresie ostatnich 3 lat

powinno być wydane świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, a sama dostawa EZT mogłaby być zrealizowana wcześniej. W opinii Stadler takie rozumienie zapisu jest jednak niezgodne z ww. przepisami Pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ponieważ warunek doświadczenia powinien być badany w okresie ostatnich trzech lat (a zatem same dostawy powinny w tym czasie być wykonane) i niemożliwe jest swobodne odstępowanie od treści § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Kolejno Odwołujący podnosił, że Zamawiający tak sformułował jednak ww. zapis, że nie jest on jednoznaczny i może być potencjalnie odczytywany na wiele sposobów. Przykładowo, w pkt VI.B.1 i pkt VIII.7 siwz Zamawiający po zwrocie „160km/h” postawił znak przecinek (którego brak w odnośnych zapisach dotyczących warunku doświadczenia w ogłoszeniu), wskutek czego wydaje się, że interpretacja tego zapisu powinna być dokonana zgodnie z przepisami, tj. tak aby okres 3-letni odnosił się o terminu zrealizowania dostaw, nie zaś do terminu wydania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji.

1.3. Stadler podkreślał, że Zamawiający w ogłoszeniu wymagał, aby zrealizowane dostawy posiadały świadectwa dopuszczenia do eksploatacji tymczasowe lub terminowe, tymczasem w pkt VIII.7 siwz Zamawiający wymagał świadectwa dopuszczenia do eksploatacji tymczasowego lub bezterminowego. Wobec tego zachodzi oczywista sprzeczność pomiędzy zapisami ogłoszenia i siwz a także samej siwz, skutkiem czego wykonawcy nie wiedzą, jaki właściwie jest warunek udziału w postępowaniu.

1.4. Odwołujący podnosił, że zapis wymogu dołączenia do wykazu zrealizowanych dostaw świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wymaga jasnego sformułowania, jakemu celowi służy, ponieważ żaden pojazd szynowy nie może być odebrany przez Zamawiającego, jeżeli dostawca wraz z dostawą pierwszych pojazdów nie przedłoży takiego świadectwa wydanego przez uprawniony w danym kraju Urząd Transportu Kolejowego. Jest to wymóg generalny dotyczący każdego pojazdu szynowego włączanego do eksploatacji. Sam Zamawiający w siwz rozdz. VI pkt. 6a, postawił bezwarunkowy wymóg dostarczenia wraz z dostawą pierwszych pojazdów Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji. Zatem wymóg dołączenia świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu szynowego ma jedynie charakter dokumentu potwierdzającego, czy zrealizowane dostawy pojazdów spełniają wymagania zamawiającego w kwestii doświadczenia zawodowego, np. czy spełniają warunek możliwości jazdy z prędkością 160 km/h. Nie może on w żaden sposób zastąpić dokumentu, potwierdzającego wykonanie dostaw w określonym czasie (ostatnich trzech lat).

1.5. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wymagał, aby świadectwo dopuszczenia do eksploatacji było wydane przez Urząd Transportu Kolejowego w Polsce lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej. W opinii Odwołującego powyższy zapis dyskryminuje wykonawców, którzy zyskali doświadczenia w krajach, z którymi Unia Europejska ma podpisane umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Takie ograniczenie zakresu możliwego do wykazania zakresu dostaw jest niezgodne z art. 7 ustawy Pzp ale także z art. 138c pkt 4 ustawy Pzp stanowiącego implementację art. 58 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

## 2. Termin realizacji dostaw

Odwołujący podnosił, że określone przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu terminy realizacji są niemożliwe do dotrzymania bez narażania się na wysokie kary umowne i nierealne, biorąc pod uwagę normalny tok produkcji tego typu pojazdów każdego wykonawcy. Wskazywał, że mogą być dotrzymane jedynie przez wykonawcę, który wyprodukował już (lub obecnie jest w toku produkcji) pojazdy, które opisuje Zamawiający w siwz. Zdaniem Odwołującego jedynym takim wykonawcą na rynku jest PESA, ponieważ 22 grudnia 2009 r. podpisał umowę z Województwem Śląskim na dostawę 8 EZT. Pojazdy te, spełniają wszystkie podstawowe techniczne wymagania Zamawiającego, a jednocześnie seria tych pojazdów znajduje się w produkcji, co daje firmie PESA dodatkową zaletę w postaci uniknięcia nakładów jednostkowych na uruchomienie produkcji nowej serii pojazdów oraz czasu i środków pieniężnych potrzebnych na opracowanie ich konstrukcji. Stadler wskazywał, że żaden producent taboru kolejowego nie rozpoczyna produkcji pojazdów przed uzyskaniem zlecenia. W związku z tym żaden wykonawca, przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji, nie jest w stanie wygrać przedmiotowego przetargu. Jedynym wykonawcą, który jest w stanie złożyć w tych okolicznościach ofertę, jest PESA. Średni czas potrzebny na wyprodukowanie nowego pojazdu szynowego to około 18 miesięcy i do takiego terminu dostawy zobowiązała się firma PESA w przetargu na 8 EZT dla Województwa Śląskiego, który był dla firmy pierwszym przetargiem na pojazdy tej konstrukcji.

## 3. Termin realizacji dostaw jako kryterium oceny ofert

W opinii Odwołującego w pkt XV siwz jak i w pkt IV.2.1) ogłoszenia Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert w postaci terminu dostawy pierwszych dwóch pojazdów będących przedmiotem zamówienia - w tygodniach - poniżej wymaganego przez

Zamawiającego terminu dostaw. Kryterium temu Zamawiający przyznał aż jedną czwartą wszystkich punktów (25%), co w opinii Odwołującego nie znajduje w świetle przedmiotowego stanu faktycznego żadnego uzasadnienia. Stadler zwracał uwagę na fakt, że najprawdopodobniej jedynym wykonawcą, który otrzyma w tym zakresie punktacje, będzie PESA, gdyż tylko ta spółka zaczęła produkcję EZT odpowiadających przedmiotowi Postępowania. Wobec tego prowadzi to do sytuacji, w której PESA będzie mogła zaoferować dużo wyższą cenę za pojazd i mimo to otrzyma zamówienie dzięki preferującemu ją kryterium oceny ofert. Ponadto ma duża dowolność w kształtowaniu ceny ofertowej, gdyż de facto uzyskała gwarancję przyznania największej punktacji w preferującym ją kryterium. Dodatkowo Odwołujący podnosił, że zapisy siwz w zakresie terminu realizacji dostaw są ze sobą sprzeczne. Z jednej strony terminy dwóch pierwszych dostaw stanowią kryterium oceny ofert i wykonawca powinien wskazać oferowane przez siebie terminy w odpowiednim miejscu formularza. Z drugiej jednak strony Zamawiający wymaga, aby wykonawca zobowiązał się dostarczyć przedmiot zamówienia w terminach wskazanych w siwz przez zamawiającego (pkt 4 formularza ofertowego). Podobna sytuacja jest w umowie - w § 1 ust. 2 umowy zostawione jest puste miejsce na wpisanie terminów poszczególnych dostaw, jednak w zał. Nr 2 do umowy znajduje się harmonogram dostaw, w którym są wpisane już konkretne daty przekazania przedmiotu dostawy.

#### 4. Termin związania oferta

Odwołujący podnosił, że Zamawiający określił termin związania ofertą jako 60 dni od terminu składania ofert. Zdaniem Stadler termin związania oferta powinien - zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 2 Pzp - wynieść 90 dni, a nie jak wskazał Zamawiający - 60 dni.

#### 5. Dodatkowa przesłanka unieważnienia postępowania

Odwołujący zwracał uwagę, że w pkt XX.1 siwz Zamawiający określił, iż zastrzega sobie unieważnienie przedmiotowego postępowania w sytuacji, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie w całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane. W opinii Odwołującego zapis ten jest bezskuteczny i powinien być wykreślony z uwagi na niezgodność z art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, bowiem dla skuteczności takiego warunku Pzp wymaga, aby odpowiednie zastrzeżenie znalazło się w ogłoszeniu o zamówieniu, podczas gdy w przedmiotowym ogłoszeniu brak jest wzmianki w tym zakresie.

## 6. Unieważnienie Postępowania (zarzut ewentualny)

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publiczne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stadler wskazywał, że gdyby zmiana ogłoszenia lub siwz okazała się niemożliwa (np. z uwagi na upływ terminu składania ofert), Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania.

W dniu 23 listopada 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wpływie przedmiotowego odwołania i wezwał do udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 26 listopada 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (dalej: „PESA”, „Przystępujący”). Kopię przystąpienia strony postępowania otrzymały w dniu 25 listopada 2010 r. w formie faksu.

W dniu 29 listopada 2010 r. o godz. 11.56 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie faksu zgłoszenie przystąpienia wykonawcy NEWAG po stronie Odwołującego.

W dniu 29 listopada 2010 r. na niejawnym posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów odwołania uznając je za zasadne, a mianowicie:

- 1) w zakresie wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w postaci zrealizowanych dostaw:
  - a) Zamawiający uznał zarzut nieprawidłowego opisanie miarodajnego okresu dla określenia warunku doświadczenia, tj. okresu w którym wykonawcy winni wykazać ilością zrealizowanych dostaw (tj. błędnego oznaczenia tego okresu poprzez użycie słów: „w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” - SEKCJA III.2.3)1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. VI.B1) siwz;
  - b) Zamawiający uznał zarzut nieprecyzyjnego opisu warunku wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem poprzez to, że EZT (których zrealizowanymi dostawami wykonawca winien się wykazać) powinny mieć tylko świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej, bez doprecyzowania, że także świadectwo to

może być wydane w państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców - SEKCJA III.2.3)1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt.VI.B 1) siwz;

2. w zakresie ustalonych kryteriów oceny ofert Zamawiający uznał zarzut Odwołującego dot. nieprawidłowego ustalenia kryterium w postaci terminu dostawy dwóch pierwszych pojazdów - SEKCJA IV.2.) ogłoszenia, pkt XV siwz, załącznik nr 1 do siwz;
3. w zakresie określenia przesłanki unieważnienia, o której mowa w art. 93 ust.1a Pzp Zamawiający uznał zarzut Odwołującego (pkt XX.1. siwz);

Zamawiający nie uwzględnił pozostałych zarzutów Odwołującego dotyczących:

1. nieprawidłowego określenia terminów realizacji dostaw EZT będących przedmiotem zamówienia;
2. nieprawidłowego wskazania okresu związania ofertą. Niemniej Zamawiający pomimo tego, że uważa zarzut Odwołującego za chybiony to zmieni ten element siwz.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań. Uniemożliwienie odwołującym złożenia ważnych ofert może spowodować również możliwość poniesienia przez nich szkody w postaci utraty spodziewanych korzyści związanych z ewentualnym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo, należy podkreślić, że interes Odwołujących we wniesieniu odwołań wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta w jego wyniku umowa nie była zagrożona unieważnieniem.

Izba stwierdziła, że wykonawca NEWAG zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, nie przystąpił skutecznie do przedmiotowego postępowania, gdyż w ocenie Izby wykonawca nie wypełnił prawidłowo obowiązku wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w

formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W powyższym przepisie ustawy ustawodawca jasno wskazał, że dla skutecznego przystąpienie do postępowania odwoławczego wymagane jest doręczenie Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia w formie bądź to pisemnej, bądź elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Podkreślić należy, że w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest wskazania, że złożenie przystąpienia w formie faksu jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby.

Z ustaleń Izby wynika, że przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu posiedzenia, a następnie rozprawy, nie zostało wniesione ani w formie pisemnej, ani też elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jedynie w formie faksu. Przystąpienie do postępowania odwoławczego w formie pisemnej zostało zgłoszone dopiero w dniu 1 grudnia 2010 r. a więc z uchybieniem terminu, który upłynął w dniu 26 listopada 2010 r. W związku z tym, Izba uznała, że wykonawca NEWAG nie przystąpił skutecznie do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o odrzucenie odwołania o sygn. akt. KIO 2534/10 w trybie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy zgłoszony przez Zamawiającego, który podnosił, że Odwołujący przekazał kopię odwołania po upływie godzin urzędowania przewidzianych dla siedziby Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp Odwołujący przesyła kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, że Zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą faksu lub drogą elektroniczną.

W Rozdziale IX pkt 1 siwz Zamawiający określił, że wszelkie oświadczenia, wnioski i zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie na adres korespondencyjny podany w stopce siwz lub za pomocą faksu.



Izba ustaliła, że 10 - dniowy termin na wniesienie przedmiotowego odwołania zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp upływał w dniu 22 listopada 2010 r. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego oraz w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, iż w dniu 22 listopada 2010 r. o godz. 15.55 otrzymał w formie faksu kopię odwołania, natomiast w formie elektronicznej kopia wpłynęła do Zamawiającego w tej samej dacie o godz. 17.54.

Izba wskazuje, iż w związku z przekazaniem kopii odwołania w formie faksu (sposób komunikacji dopuszczony w siwz) w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania, doszło do wypełnienia dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy. Bezsporne jest, iż Zamawiający już w dniu 22 listopada 2010r. mógł zapoznać się z treścią odwołania. Bez znaczenia w tym przypadku pozostaje okoliczność, iż faks wpłynął po godzinach pracy Zamawiającego oraz, że z treścią faksu Zamawiający faktycznie zapoznał się dopiero w dniach następnych. Izba podkreśla, że termin do wniesienia odwołania i tym samym jego kopii liczy się w pełnych dniach, do końca upływu ostatniego dnia terminu zgodnie z art. 111 § 1 Kodeksu cywilnego, a Zamawiający nie może tego terminu faktycznie skracać, np. przez przyjmowanie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach pracy spółki. Tym samym Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy.

### **KIO 2518/10**

#### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie**

Izba przed przystąpieniem do rozpoznania poszczególnych zarzutów wskazuje, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w części zarzuty odwołania NEWAG dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji w zakresie nieproporcjonalnego określenia ilości zrealizowanych dostaw EZT w stosunku do przedmiotu zamówienia i zrezygnował z wymogu wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem zrealizowania dostaw w liczbie nie mniej niż 5 fabrycznie nowych EZT, a w to miejsce zadeklarował, że wprowadzi wymóg wykazania się przez wykonawców doświadczeniem zrealizowania dostaw nie mniej niż 3 fabrycznie nowych EZT. Zamawiający uznał także zarzut nieprawidłowego określenia w ogłoszeniu o zamówieniu, a także w siwz okresu, w którym wykonawcy winni wykazać liczbą zrealizowanych dostaw, tj. oznaczenia tego okresu poprzez użycie słów: „w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Wobec tego Izba uznała za zasadne zarzuty Odwołującego i wskazuje jedynie, że Zamawiający winien dokonać zmiany ogłoszenia oraz modyfikacji siwz zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut dotyczący wymogu wykazana się przez wykonawcę doświadczeniem w postaci zrealizowanych dostaw EZT, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h i stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

W poczet materiału dowodowego Izba w niniejszej sprawie włączyła m. in. umowę o dofinansowanie projektu „Zakup pięciu nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych na potrzeby realizacji przez Spółkę Koleje Dolnośląskie S.A. zadań przewozowych dla potrzeb komunikacji podmiejskiej” nr UDA-RPDS.03.03.00-02-001/10 w ramach Priorytetu nr 3 „Rozwój infrastruktury transportowej na Dolnym Śląsku („Transport”) Działania nr 3.3 „Transport miejski i podmiejski” Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013.

Izba wskazuje, że Zamawiający formułując wymogi postępowania ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 857/09, KIO 2189/10). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Izba podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego, który podnosił, iż wymóg niniejszy wynika z wniosku o dofinansowanie projektu, stanowiącego integralną częścią umowy o dofinansowanie, w którym określono, że projekt przewiduje dostawę EZT z przeznaczeniem na realizację pracy przewozowej na trasach z prędkością maksymalną 160 km/h. Przyjęte założenia określają, że EZT będące przedmiotem zamówienia muszą dysponować prędkością eksploatacyjną 160 km/h. Prezentowane stanowisko Zamawiający uzasadniał tym, że przewozy z wykorzystaniem EZT będących przedmiotem niniejszego postępowania będą realizowane na odcinkach: Legnica-Wrocław, Wrocław-Żmigród, Wrocław-Oleśnica. W/w odcinki trasy kolejowej zostały zmodernizowane lub są w trakcie modernizacji przez zarządcę infrastruktury kolejowej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Na części tych odcinków już obowiązuje dopuszczalna prędkość maksymalna 160 km/h, a po zakończeniu modernizacji odcinków trasy kolejowej E-30 od stacji Zgorzelec przez Węglińiec, Legnicę, Wrocław (a więc też trasy obsługiwanej przez

Zamawiającego) do Opola obowiązywać będzie maksymalna dopuszczalna prędkość 160 km/h. Zamawiający wskazywał, że jego zamiarem jest udostępnienie pasażerom szybkich, generujących rzeczywiste oszczędności czasu pasażerów, pociągów z pełnym wykorzystaniem maksymalnych dopuszczalnych prędkości na obsługiwanych liniach kolejowych.

W ocenie Izby oczywistym jest, iż Zamawiający korzystając z dofinansowania w celu zminimalizowania ewentualnego ryzyka utraty całkowitej lub częściowej pozyskanych środków, wymaga aby realizacji zamówienia podjął się podmiot z odpowiednim doświadczeniem w dostawach tego typu EZT. Gwarancją posiadania takiego doświadczenia jest zrealizowanie przez podmiot dostaw EZT, których typ pojazdu został dopuszczony do eksploatacji z prędkością eksploatacyjną 160 km/h. Natomiast biorąc pod uwagę odcinki na których realizowane będą przewozy z użyciem EZT wymóg Zamawiającego, aby przedmiotowe EZT były w stanie osiągać w/w dopuszczalne prędkości zdaniem Izby jest jak najbardziej uzasadniony, ponieważ rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia dają tylko wykonawcy, którzy już wykonali EZT dopuszczony przez Urząd Transportu Kolejowego do eksploatacji z taką prędkością, a więc którzy już uzyskali świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z tą prędkością.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, który podnosił w odwołaniu, że wystarczającym w zakresie wykazania odpowiedniego doświadczenia jest dokumentacja techniczno-ruchowa dla wykonanego przez siebie typu elektrycznego zespołu trakcyjnego, w której określona została prędkość maksymalna 160 km/h, ponieważ jak wyjaśniał Zamawiający może, on co do zasady, eksploatować wyłącznie typy pojazdów kolejowych, na które Prezes Urzędu Transportu Kolejowego wydał świadectwo dopuszczenia typu do eksploatacji (art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym - tekst jednolity z dnia 19 stycznia 2007 r. Dz. U. Nr 16, poz. 94 ze zm.).

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można uznać za wystarczające dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia deklaracji Odwołującego, że posiadane przez niego pojazdy typu 19WE, które uzyskały świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 130 km/h i były poddane próbom na liniach kolejowych o prędkości do 130 km/h, bez problemu uzyskują świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h, oraz, że wymaga to jedynie przeprowadzenia oficjalnych prób jazd z tą prędkością pod nadzorem Urzędu Transportu Kolejowego, który po tych jazdach potwierdzi spełnianie ww. wymogu.

Izba wskazuje, że racje ma Zamawiający, który twierdził, że zakres badań koniecznych opisanych w/w rozporządzeniem wyraźnie wskazuje, iż nie jest to jedynie formalność, ponieważ badanie obejmuje cały szereg czynności, między innymi sprawdzenie: przejmowania energii zderzenia czołowego na podstawie próby poligonowej lub obliczeń symulacyjnych, wytrzymałości zmęczeniowej ram wózków, charakterystyki urządzeń ciągnowo-zderznych i ich próby zmęczeniowe, odporności szyb czołowych i bocznych kabiny maszynisty na uderzenie i zmiany, badanie układów hamulcowych, pomiary dróg hamowania, badanie działania urządzeń przeciwpoślizgowych, sprawdzenie charakterystyki trakcyjnej, sprawdzenie rozwiązań decydujących o bezpieczeństwie ruchu, bezpieczeństwie przewozu osób, ochronie środowiska. Zamawiający wskazywał także na fakt, iż rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 172 poz. 1444) dopuszcza jednoosobowa obsadę trakcyjną tylko do prędkości 130 km/h (§21 ust. 4 rozporządzenia), co oznacza, że dla pociągów o wyższej prędkości istnieje dodatkowa konieczność przystosowania kabiny maszynisty i wyposażenia pulpitu sterowniczego do obsługi przez dwie osoby.

W związku z tym, zdaniem Izby nie można przyjąć jako pewnik, że typ pojazdu, który został dopuszczony do eksploatacji z prędkością 130 km/h zostanie automatycznie dopuszczony do eksploatacji przez Urząd Transportu Kolejowego z prędkością 160 km/h.

W ocenie Izby w zakresie dokonania przez Zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku polegającego na wykazaniu się przez wykonawcę doświadczeniem w postaci zrealizowanych dostaw EZT, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160km/h, nie doszło do naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp.

Konkludując, analiza wykazanych powyżej zapisów ogłoszenia oraz postanowień siwz wskazuje, iż zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, bowiem opisał sposób dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w sposób nieproporcjonalny, który może utrudniać uczciwą konkurencję oraz niezgodny z postanowieniami rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów.

Izba potwierdza, że naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tym samym Izba uwzględniła odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację ogłoszenia oraz postanowień siwz zgodnie z żądaniami NEWAG zawartymi w odwołaniu.

## **KIO 2534/10**

### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba przed przystąpieniem do rozpoznania poszczególnych zarzutów wskazuje, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w części zarzuty odwołania STADLER dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji:

- 1) w zakresie wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w postaci zrealizowanych dostaw:
  - a) Zamawiający uznał zarzut nieprawidłowego opisanie miarodajnego okresu dla określenia warunku doświadczenia, tj. okresu w którym wykonawcy winni wykazać ilością zrealizowanych dostaw (tj. błędnego oznaczenia tego okresu poprzez użycie słów: „w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” - SEKCJA III.2.3)1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. VI.B1) siwz;
  - b) Zamawiający uznał zarzut nieprecyzyjnego opisu warunku wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem poprzez to, że EZT (których zrealizowanymi dostawami wykonawca winien się wykazać) powinny mieć tylko świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej, bez doprecyzowania, że także świadectwo to może być wydane w państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców - SEKCJA III.2.3)1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt.VI.B 1) siwz;
  - c) w zakresie ustalonych kryteriów oceny ofert Zamawiający uznał zarzut Odwołującego dotyczących nieprawidłowego ustalenia kryterium w postaci terminu dostawy dwóch pierwszych pojazdów - SEKCJA IV.2.) ogłoszenia, pkt XV siwz, załącznik nr 1 do siwz;
  - d) w zakresie określenia przesłanki unieważnienia, o której mowa w art. 93 ust.1a Pzp Zamawiający uznał zarzut Odwołującego (pkt XX.1. siwz);

Wobec tego, iż Izba uznała za zasadne zarzuty Odwołującego, wskazuje jedynie, że Zamawiający winien dokonać zmiany ogłoszenia oraz modyfikacji siwz zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

W zakresie pozostałych zarzutów przedmiotowego odwołania Izba w pierwszej kolejności rozpoznała, te zarzuty dotyczące opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i stwierdziła, że zarzuty potwierdziły się.

Izba ustaliła, że w części III 2.3)1) ogłoszenia o zamówieniu, a także w części VI.B1 siwz Zamawiający sprecyzował żądanie, aby wykonawca przedstawił „wykaz zrealizowanych dostaw nie mniej niż 5 fabrycznie nowych EZT, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji (tymczasowe lub terminowe) wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160km/h w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy, w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania - o łącznej wartości nie mniejszej niż kwota 60 000 000,00 PLN (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych) - z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane należycie - zgodnie z załącznikiem nr 6 do siwz.

W specyfikacji w pkt VIII.7 Zamawiający sprecyzował, że świadectwa dopuszczenia do eksploatacji mają być tymczasowe lub bezterminowe.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba potwierdziła, że uzasadniony jest zarzut odwołania w zakresie rozbieżności między wymogami postawionymi przez Zamawiającego w siwz oraz w ogłoszeniu w zakresie rodzaju świadectw dopuszczenia do eksploatacji.

Nie budzi wątpliwości, że zapisy w zakresie określonych wymogów w obu wskazanych dokumentach, zarówno w ogłoszeniu jak i w specyfikacji, winny być tożsame. Zapisy ogłoszenia o zamówieniu mają umożliwić zapoznanie się z warunkami i wymogami postępowania wykonawcom krajowym i zagranicznym. Istotnym jest, że ogłoszenie stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwiać wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne. Umieszczona na stronie internetowej zamawiającego specyfikacja winna jedynie uszczegóławiać informacje zawarte w ogłoszeniu, nie może natomiast zawierać informacji sprzecznych z treścią ogłoszenia. Identyczności treści informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym oraz siwz ma służyć jednakowej informacji dla wszystkich potencjalnych wykonawców o wymogach dotyczących określonego przedmiotu zamówienia publicznego. Oczywistym jest, że należy uznać za niedopuszczalne i sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców zawartą w art. 7 Pzp zawieranie wzajemnie wykluczających się zapisów w ogłoszeniu i w siwz.

Izba uznała również za zasadny zarzut odnoszący się do niejasnych zapisów zarówno w

ogłoszeniu jak i specyfikacji dotyczących „wykazu zrealizowanych dostaw”. Z treści sformułowanego przez Zamawiającego zapisu wykonawcy mogą wywieść różne wnioski, co w konsekwencji może spowodować, że wykonawcy wykażą się doświadczeniem w zakresie dostaw w okresie dłuższym niż 3-letni, sugerując się zapisem, iż jedynie okres wydania świadectwa ma być okresem 3 letnim.

Izba wskazuje, że Zamawiający w świetle przepisów ustawy jest zobligowany prowadzić z należytą starannością postępowanie o udzielenie zamówienia, która między innymi przejawia się w jasnym i precyzyjnym określeniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisanu sposobu dokonania oceny ich spełnienia w taki sposób, aby były one takie same dla wszystkich wykonawców. Celem takiego opisu jest przede wszystkim wyeliminowanie sytuacji, w której Zamawiający, z uwagi na niejasne zapisy siwz, będzie musiał dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie mają doświadczenia objętego przedmiotem zamówienia w okresie ostatnich 3 lat, a jednak złożyli ofertę, gdyż odczytali warunek w sposób korzystny dla siebie. Jednocześnie może również zaistnieć sytuacja polegająca na tym, że inni potencjalni wykonawcy w ogóle nie złożą oferty z uwagi na brak takiego doświadczenia, ponieważ dokonają niewłaściwej interpretacji nieprecyzyjnych zapisów ogłoszenia oraz siwz w niniejszym zakresie.

W ocenie Izby poprzez ww. redakcję zapisów ogłoszenia oraz siwz Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp oraz art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut nieprawidłowego określenia terminów realizacji dostaw EZT będących przedmiotem zamówienia i biorąc pod uwagę całokształt zgromadzonego materiału dowodowego stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Załączniku nr 2 do umowy – „Harmonogram dostaw” - określił następujące terminy dostaw: w wierszu o Lp. 1 i 2 EZT – w kolumnie „data przekazania” - 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, w wierszu o Lp. 3 – w kolumnie „data przekazania” - 9 miesięcy, w wierszu o Lp. 4 – w kolumnie „data przekazania” - 10 miesięcy, w wierszu o Lp. 5 – w kolumnie „data przekazania” - 11 miesięcy.

W poczet materiału dowodowego Izba w niniejszej sprawie włączyła:

1. Umowę o dofinansowanie projektu „Zakup pięciu nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych na potrzeby realizacji przez Spółkę Koleje Dolnośląskie S.A. zadań przewozowych dla potrzeb

komunikacji podmiejskiej" nr UDA-RPDS.03.03.00-02-001/10 w ramach Priorytetu nr 3 „Rozwój infrastruktury transportowej na Dolnym Śląsku („Transport”) Działania nr 3.3 „Transport miejski i podmiejski” Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013

- w § 3 „Okres realizacji projektu i okres obowiązywania umowy” w ust. 1 wskazano następujące terminy:

1. rozpoczęcie realizacji – 10.03.2010 r.
2. rozpoczęcie rzeczowe realizacji – 28.12.2010 r.
3. zakończenie rzeczowe realizacji – 30.12.2011 r.
4. zakończenie finansowe realizacji – 30.12.2011 r.

- w ust. 2 ww. paragrafu podano: „Instytucja Zarządzająca RPO WD może zmienić, w tym przedłużyć terminy zakończenia realizacji Projektu, określone w ust. 1 pkt 3 i 4 na uzasadniony pisemny wniosek Beneficjenta, złożony zgodnie z § 17 ust. 1 Umowy”.
  - § 17 ust. 1 wskazano „Beneficjent zgłasza Instytucji Zarządzającej RPO WD w formie pisemnej zmiany dotyczące realizacji Projektu przed ich wprowadzeniem i nie później niż na 30 dni przed planowanym zakończeniem finansowym realizacji Projektu”.
2. Pismo ABB z dnia 26.11.2010 r., wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego, w którym wskazano, że terminy dostawy przekształtownika trakcyjnego na 3 kV wynosi od 8 do 10 miesięcy.
  3. Pismo Knorr – Bremse z dnia 26.11.2010 r., wraz z tłumaczeniem z języka niemieckiego, w sprawie potwierdzenia terminu dostawy kompletnego systemu hamulcowego, w którym stwierdzono, że termin dostawy wynosi przeciętnie od 8 do 10 miesięcy od daty otrzymania zamówienia na piśmie.

Z zestawienia „Przetargi na dostawę nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT)” przedstawionych przez Odwołującego jako jego stanowisko w sprawie jasno wynika, że terminy realizacji EZT kształtują się w przedziale od 40 do 18 miesięcy, średnio w przedziale od 24 do 31 miesięcy.

Bezspornym jest, że określone w siwz postanowienia w zakresie terminów realizacji zamówienia stanowią jeden ze szczególnie istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu, a opisanie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 857/09, KIO 2189/10). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad



ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Izba podkreśla, że nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ Zamawiający opisując przedmiot zamówienia sprecyzował wymagania w zakresie terminów realizacji przedmiotu zamówienia w taki sposób, że mogą one utrudniać uczciwą konkurencję a także istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, że spełnić może je jedynie jeden podmiot – PESA, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba podkreśla, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobligowany jest do dokonywania czynności w postępowaniu z należytą starannością, czego Zamawiający zaniechał w niniejszym postępowaniu przy określaniu terminów realizacji. Z wyjaśnień Zamawiającego przedstawionych na rozprawie wynikało, że sprecyzował rozpiętość terminów realizacji przedmiotowego zamówienia jedynie w oparciu o zapisy umowy o dofinansowanie nie przeprowadzając w tym zakresie analizy runku w celu określenia realnych, możliwych do spełnienia terminów dostaw pojazdów. Dodatkowo, na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że w jego opinii czas niezbędny do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy - w przypadku kiedy wykonawca nie podjął wcześniej żadnych kroków a pojazd nie jest prototypem - jest to okres od 8 do 9 m-cy. Natomiast biorąc pod uwagę prototyp pojazdu zgadza się z terminami podanym przez Odwołującego.

Izba dała wiarę argumentacji Odwołującego, który dowodził, zarówno w odwołaniu jaki i na rozprawie, że terminem realizacji zamówienia możliwym do spełnienia dla wykonawców innych niż PESA, jest termin dłuższy niż określony w siwz, przynajmniej 18-miesięczny. Odwołujący dowodził, że elektryczne zespoły trakcyjne produkuje się na konkretne zamówienie dostosowując je do wyspecyfikowanych potrzeb zamawiającego. Specyfika tego typu pojazdów powoduje, iż nie ma możliwości bieżącej produkcji i magazynowania kosztownych przedmiotów dostawy, tak aby oferować je w odpowiedzi na

bieżące zamówienie/zapotrzebowanie, w relatywnie krótkich terminach dostawy. Wobec tego, bezspornym jest, że dla wykonawcy nie posiadającego gotowego lub zaawansowanego w produkcji pojazdu konieczne jest przejście i przeprowadzenie pełnego cyklu produkcyjnego od momentu podpisania umowy na dostawę. W przedmiotowym postępowaniu z wielką dozą prawdopodobieństwa można przyjąć, iż jedynym podmiotem występującym na rynku, który może dotrzymać najkrótszego terminu dostawy, jest przystępujący, ponieważ jak podnosił Odwołujący, w dniu 22 grudnia 2009 r. firma PESA podpisała umowę z Województwem Śląskim na dostawę 8 szt. EZT. Ponadto Odwołujący podkreślał, że pierwszy z tych 8 pojazdów był prezentowany na targach kolejowych Innotrans we wrześniu 2010 r. i ma być dostarczony w czerwcu 2011 r. Ostatnie pojazdy mają być dostarczone w terminie 4 miesięcy od dostawy pierwszego pojazdu. Tym samym jest to jedyny pojazd, który spełnia wszystkie podstawowe techniczne wymagania zamawiającego, a jednocześnie seria tych pojazdów znajduje się w produkcji, co daje firmie PESA dodatkową zaletę w postaci uniknięcia nakładów jednostkowych na uruchomienie produkcji nowej serii pojazdów oraz czasu i środków pieniężnych potrzebnych na opracowanie ich konstrukcji.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, który swoje stanowisko opierał jedynie na terminach realizacji zawartych w umowie na dofinansowanie. Otóż w ustaleń Izby jasno wynika, że zamawiający już w dniu 10 marca 2010 r. podjął kroki w celu pozyskania środków na realizację przedmiotowego zamówienia i złożył wniosek o dofinansowanie przedmiotu umowy. Wobec tego, już na tym etapie miał możliwość rozpoczęcia procedury w celu udzielenia przedmiotowego zamówienia bez narażanie się na jakiegokolwiek konsekwencje w przypadku konieczności unieważnienia postępowania w związku nie przyznaniem mu środków o które wnioskował, ponieważ ustawodawca w art. 93 ust. 1a pkt 1 Pzp przewidział taką okoliczność, czego Zamawiający miał świadomość, ponieważ w siwz przedmiotowego postępowania jako jedną z okoliczności unieważnienia postępowania wskazał na regulację powyższego przepisu. W związku z tym Izba uznała za niedopuszczalną sytuację w której Zamawiający nie wykorzystując możliwości wcześniejszego wszczęcia postępowania przerzuca ryzyko na wykonawców, określając krótkie, niemożliwe do spełnienia terminy realizacji, powołując się przy tym jedynie na ostateczny termin realizacji przedmiotu zamówienia – 30 grudnia 2011 r. – zawarty w umowie o dofinansowanie. Za szczególnie istotną i wymagającą podkreślenia w tym stanie rzeczy Izba uznała okoliczność, iż zapisy umowy o dofinansowanie, która zawarł Zamawiający, przewidują możliwość przedłużenia terminów zakończenia realizacji objętego przedmiotem zamówienia na uzasadniony pisemny wniosek Beneficjenta. Tym samym Zamawiający, pomimo określenia w umowie sztywnych terminów w formie dat kalendarzowych ma możliwość

wydłużenia terminu realizacji, gdyż w tak ustalonym stanie faktycznym wniosek Zamawiającego posiada realne, istotne uzasadnienie.

Za dalece prawdopodobne należy również uznać twierdzenia Odwołującego, który na rozprawie wskazywał, że dotrzymanie ustalonych przez Zamawiającego terminów realizacji jest niemożliwe z uwagi na fakt, iż termin składania ofert wyznaczono na 4 stycznia 2010 r., kolejno Zamawiający musi dokonać badania i oceny ofert i uzyskać pozytywną opinię Prezesa UZP, a ponadto nie wykluczone, że wykonawcy, którzy złożą oferty w postępowaniu będą chcieli skorzystać z przysługującego im środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, który podnosił, że wykonawca NEWAG, wielokrotnie deklarował, iż posiada możliwości szybkiej budowy pojazdów, Izba uznała w przedmiotowym postępowaniu za bezzasadne, ponieważ pomimo, iż NEWAG nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, to jednak w treści pisma z dnia 29 listopada 2010 r. „Przystąpienie do postępowania odwoławczego”, jasno wskazuje, że Zamawiający określił terminy w niniejszym postępowaniu w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz zasadą uczciwej konkurencji. W jego opinii terminy określone przez Zamawiającego są rażąco krótkie i niemożliwe do dotrzymania przez NEWAG, co uniemożliwia złożenie oferty w postępowaniu.

Podsumowując, Izba potwierdziła, że w konsekwencji rygorystyczne wymagania w zakresie terminów ustalone przez Zamawiającego eliminują pojazdy wykonawców, którzy nie dysponują pojazdami gotowymi lub bardzo zaawansowanymi w produkcji. Wobec tego Izba uznała, że zostały one określone przez Zamawiającego w sposób nieuprawiony i mogą wskazywać na konkretnego producenta oferującego o ile nie konkretny produkt to przynajmniej posiadającego uruchomioną produkcję pojazdów danej serii, tym samym naruszają zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut dotyczący nieprawidłowego wskazania okresu związania ofertą i stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Izba ustalił, że w części IV. 3.6 ogłoszenia o zamówieniu oraz w części X. 1 siwz Zamawiający określił, termin związania ofertą, który wynosił 60 dni.

Art. 85 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w siwz, jednak nie dłużej niż 90 dni – jeżeli wartość zamówienia robót budowlanych jest równa lub przekraczająca wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro.

Izba wskazuje, iż w treści przepisu zawarto sformułowanie „nie dłużej niż”, które precyzuje jedynie maksymalny termin związana ofertą dla poszczególnego rodzaju zamówień. Z powyższego nie sposób wywieść, że Zamawiający określając termin związania ofertą w postępowaniu za każdym razem zobowiązany jest ustanawiać go na poziomie górnej, nieprzekraczalnej granicy tj. 90 dni. Izba potwierdziła słuszność rozumowania i działania Zamawiającego, który skorzystał z przyznanego mu przez ustawodawcę uprawnienia w zakresie możliwości kształtowania postanowień w tym zakresie i określił terminu związania ofertą w niniejszym postępowaniu na 60 dni.

Konkludując, analiza wykazanych powyżej zapisów ogłoszenia oraz postanowień siwz wskazuje, iż zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, bowiem opisał sposób dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w sposób nieproporcjonalny, który może utrudniać uczciwą konkurencję oraz niezgodny z postanowieniami rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów.

Izba potwierdza, że naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tym samym Izba uwzględniła odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutów odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie dokonanie czynności zgodnie z żądaniami Stadler zawartymi w odwołaniu,
2. w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Izbę:
  - a) zmodyfikowanie zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji w ten sposób aby wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) wylegitymował się doświadczeniem w realizacji wymaganej liczby dostaw EZT, nie zaś - że w tym okresie zostało jedynie wydane świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, a sama dostawa EZT mogła nastąpić w terminie wcześniejszym,
  - b) ujednoczenie zapisów ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji w zakresie terminowości świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej lub państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców,
  - c) dokonania modyfikacji postanowień siwz w zakresie terminów realizacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia, tj. Załącznika nr 2 do Umowy, Harmonogram dostaw, a także wszelkich innych zapisów siwz odnoszących się do ww. terminów w ten sposób, że termin wykonania umowy winien wynosić do 26 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba uwzględniła koszty związane wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonego rachunku.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....