

Sygn. akt: KIO/1611/10

**WYROK**  
**z dnia 13 sierpnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołanie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2010 r. przez **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Opolskie Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego, ul. Piastowska 14, pok. 136, 45-082 Opole**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** 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 **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Województwo Opolskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę 2 sztuk pojazdów szynowych z napędem spalinowym przeznaczonych do wykonywania kolejowych regionalnych przewozów pasażerskich”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 lipca 2010 r., pod nr: 2010/S 139-213912.

W postępowaniu tym Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 30 lipca 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 29 lipca 2010 r.

W dniu 6 sierpnia 2010 r., pismem datowanym na dzień 2 sierpnia 2010 r. po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego, na skutek zamieszczenia na stronie internetowej kopii odwołania przez Zamawiającego w dniu 30 lipca 2010 r. zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding (dalej: „PESA”). Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego (Zamawiającemu i Odwołującemu).

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

### I. Stanowisko Odwołującego

Podstawą złożonego przez Odwołującego odwołania były postanowienia SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 (także w związku z art. 30 ust. 4) ustawy Pzp, poprzez określenie wymogów technicznych przedmiotu zamówienia, terminów

dostawy i kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a to na skutek opisu przedmiotu zamówienia wskazującego w efekcie jedyne dostawcę.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany pkt 4 lit. a) SIWZ poprzez skreślenie w jego treści wyrazów: „(lub w krótszym w zależności od złożonej oferty)",
- 2) zmiany pkt 13 ust. 5 SIWZ, poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w 100 % w oparciu o zaoferowaną cenę,
- 3) zmiany pkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie czasu pracy silnika spalinowego do pierwszej naprawy głównej z 20 000 h na 16 000 h,
- 4) zmiany pkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie układu i pojemności pojazdów szynowych, poprzez zobowiązanie Zamawiającego do nieodpłatnego przekazania wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego, dokumentacji technicznej (elektryczna i mechaniczna) sprzęgów czołowych ze specyfikacją protokołów komunikacyjnych łącznie, umożliwiającą temu wykonawcy dostarczenie Zamawiającemu pojazdów możliwych do łączenia z posiadanymi przez niego pojazdami serii SA 103 oraz SA 134 oraz ich pełną ruchową i komunikacyjną funkcjonalność.

W uzasadnieniu złożonego odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Podniósł, że na krajowym rynku dostaw autobusów szynowych praktycznie nie występuje konkurencja dla jednego z dostawców, tj. PESA. W tym zakresie Odwołujący wskazał kilka cech charakteryzujących polski rynek pojazdów szynowych osobowych - autobusów szynowych. Odwołujący przedstawił dane dotyczące postępowań, których przedmiotem jest dostawa pojazdów szynowych, wskazując jednocześnie, że nie istnieje możliwość zgromadzenia tych danych w całości. I tak wskazał, że w latach 2002 - 2009 przeprowadzone zostały na terenie Rzeczypospolitej Polskiej 33 przetargi na dostawy ogólnie 119 SZT. W zestawieniu tabelarycznym przedstawił on zestawienie danych dotyczących znanych Odwołującemu przetargów z lat 2004 - 2009 r. wraz z wyszczególnieniem wykonawców i rozstrzygnięć poszczególnych przetargów. I tak w oparciu o te dane Odwołujący stwierdził, że na 26 znanych Odwołującemu i przeprowadzonych w latach 2002 - 2009 przetargów, aż 23 rozstrzygnięte zostały na korzyść PESA lub podmiotów z grupy kapitałowej PESA. Z ogólnej, wynoszącej łącznie 96, liczby SZT zamówionych w drodze przywołanych wyżej przetargów, wykonawcą 90 jak dotąd jest PESA lub podmioty z grupy kapitałowej PESA (tj. należący do PESA ZNTK Mińsk Mazowiecki). Podkreślił, że wszelkie przetargi, których dostawa obejmuje okres, w jakim wykonawcy muszą wykazać się

doświadczeniem w niniejszym postępowaniu, rozstrzygnięte zostały na korzyść PESA lub podmiotów z grupy kapitałowej PESA S.A. Powyższe plasuje PESA – zdaniem Odwołującego - na pozycji lidera wśród podmiotów z przedmiotowej branży i wskazuje, że w tym segmencie rynku kolejowego mamy do czynienia z brakiem konkurencji zarówno krajowej, jak również zagranicznej. Na brak potencjalnych konkurentów zagranicznych ma wpływ w szczególności: mała skala powtarzalnych zamówień, niewielka liczby podmiotów zagranicznych posiadających w swojej ofercie autobusy szynowe, wysokie koszty polonizacji produktów zagranicznych przy stosunkowo dużej różnorodności, wysokie ceny i wysokie ryzyko kursowe, czy też brak zaplecza technicznego niezbędnego do świadczenia usług serwisowych i utrzymania na odpowiednim poziomie.

Odwołujący podniósł także, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem w produkcji autobusów szynowych w związku z realizacją zamówienia dla Województwa Pomorskiego w ramach postępowania ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2009/S 217-313085. Wskazał, że typowy czas produkcji dwuczłonowego autobusu szynowego wynosi ok. 6 miesięcy. Równocześnie Odwołujący podniósł fakt, że na rynku polskim w segmencie autobusów szynowych zdominowanym przez PESA, podmiot ów jako jedyny dostawca, wykreował swoisty „standard” PESA. Zważywszy na ewidentną przewagę rynkową, mając na względzie brak konkurencji podmiot ów począwszy od roku 2007 sukcesywnie skracał terminy dostaw pojazdów do Zamawiających. Z przedstawionych przez Odwołującego danych - w jego ocenie - wynika, że PESA produkowała i produkuje pojazdy nie na konkretne zamówienia, ale na magazyn wyrobów gotowych, po to by z chwilą ogłoszenia postępowania jako jedyny podmiot była w stanie dostarczyć pojazdy w terminie nawet 13 tygodni od daty podpisania umowy.

Odwołujący wskazywał, że strategia produkcji na magazyn wyrobów gotowych, skracanie terminów dostaw autobusów szynowych wymaganych przez Zamawiających, wielokrotne wnioski składane w postępowaniach przez PESA o podniesienie kar umownych, prowadzą w konsekwencji do pojawienia się swoistej bariery wejścia dla innych wykonawców, którzy nie są w stanie skutecznie przystąpić do postępowań o udzielenie zamówienia. W tym zakresie również skracanie terminów dostaw wymagane przez Zamawiających lub ich zgoda na wnioski podnoszące kary umowne wnioskowane przez PESA, prowadzi do wniosku, że Zamawiający ewidentnie preferują jednego dostawcę, z czym - w ocenie Odwołującego - mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Wprowadzanie w kryteriach oceny ofert terminów dostaw z dużą wagą w ocenie ostatecznej, poparte wysokimi karami umownymi za przekroczenie krótkich terminów dostaw nie pozwala innym - poza podmiotem dominującym - na skuteczne przystąpienie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zwraca uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający akceptuje dostawę pierwszego pojazdu w terminie 26 tygodni od dnia podpisania umowy, ale wprowadzone terminowe kryterium oceny ofert nosi ewidentne znamiona preferencji jedyne go wykonawcy, który jest w stanie zaoferować pojazdy z terminem dostawy 12 tygodni (najwyżej punktowany w kryterium terminowym). W konsekwencji Zamawiający tym działaniem wyraźnie ograniczył konkurencję oraz nie zabezpieczył równego traktowania wykonawców, czym naruszył – zdaniem Odwołującego - postanowienia art. 7 ustawy Pzp. Zamieszczona przez Zamawiającego informacja, że kryterium terminowe zostało wprowadzone ze względu na źródło finansowania nie może stanowić uzasadnienia jego wprowadzenia. Skoro Zamawiający dopuszcza dostawę do 26 tygodni to oznacza, że każda data dostawy z przedziału dat: data podpisania umowy - do 26 tygodni od daty podpisania umowy jest możliwa, a wprowadzone kryterium ma jedynie ograniczyć prawdopodobieństwo otrzymania zamówienia przez inny podmiot niż PESA SA. Temu celowi służą również drastycznie wysokie bo 6% w skali miesiąca kary umowne.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że tak sformułowane kryterium terminowe umożliwia jednemu podmiotowi, który jest w stanie zaoferować dostawę w najkrótszym terminie utrzymać odpowiednio wyższą cenę przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem Zamawiający, wprowadzając kryterium terminowe, wprowadził równocześnie swoistą dźwignię cenową, pozwalającą jednemu wykonawcy zaoferować istotnie wyższą (20%) cenę przedmiotu zamówienia - wyłącznie w oparciu o nieznaczne skrócenie terminu dostawy.

Odwołujący powołał się także w swojej argumentacji na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 361/10 w postępowaniu na dostawę jednej sztuki autobusu szynowego dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego.

Co do drugiego zarzutu związanego z czasem pracy układu napędowego do naprawy głównej, Odwołujący wskazał, że minimalny poziom tego czasu na poziomie co najmniej 20 000 h wskazuje jednoznacznie na konieczność zabudowania w zamawianych pojazdach silnika MAN D2876LUE623 z przekładnią T211bre firmy VOITH. Podniósł dodatkowo, że wartość ta wyklucza praktycznie wszystkich innych dostawców silników spalinowych do zaoferowania producentom pojazdów swoich rozwiązań, co dramatycznie ogranicza konkurencyjność postępowania oraz nie zabezpiecza równego traktowania wykonawców w tym postępowaniu, a zatem jest sprzeczne z art. 7 ustawy Pzp. Podniósł także, że według jego najlepszej wiedzy podmiot dominujący PESA, w porozumieniu z firmą VOITH, opracowała układ napędowy, tzw. PowerPack i dodatkowo zastrzegła to opracowanie w urzędzie patentowym uniemożliwiając sprzedaż tego rozwiązania przez firmę VOITH innym producentom autobusów szynowych. Wziąwszy powyższe po uwagę Odwołujący stwierdził, że zmiana liczby motogodzin układu napędowego do wartości równej lub większej od 16000h umożliwi zaoferowanie rozwiązań innych niż PESA i VOITH

producentów, a zatem pozwoli na zachowanie realnej i uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Odnośnie wymogu dostarczenia pojazdu umożliwiającego łączenie go w trakcji wielokrotnej różnych producentów, w tym pojazdów posiadanych przez Zamawiającego, to stwierdzamy, iż wymóg ten nie narusza uczciwej konkurencji o ile Zamawiający udostępni wybranemu wykonawcy dokumentację, umożliwiającą zapoznanie się z warunkami technicznymi posiadanych przez Zamawiającego pojazdów.

Co do zapisów SIWZ mówiących o kompatybilności sprzęgu i sterowania nabywanych pojazdów z pojazdami serii SA 103 i SA 134 (których producentem jest PESA S.A) bez równoczesnego zobowiązania się do udostępnienia pełnej dokumentacji technicznej (w tym protokołów komunikacyjnych i sterowania) innemu niż PESA wykonawcy pojazdów Odwołujący podniósł, że brak takiego zobowiązania umożliwia dostawę pojazdów wyłącznie przez poprzedniego dostawcę, tj. firmę PESA, która jako jedyna, będąc producentem posiadanych przez zamawiającego pojazdów SA 103 i SA 134, posiada informacje techniczne umożliwiające zaoferowanie pojazdu kompatybilnego z SA 103 i SA 134. Powyższe zatem ogranicza konkurencję.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniósł co następuje:

Co do zarzutów określonych w pkt 1 i 2 odwołania Zamawiający w pełni podzielił stanowisko Przystępującego do odwołania - PESA, iż Odwołujący jest w stanie realizować podobne zadania w krótszym niż 26 tygodni terminie. Dowodem na to jest opisany przez Przystępującego przypadek zawarcia umowy na realizację przez Odwołującego takiego zamówienia. W związku z powyższym nie można Zamawiającemu zarzucić naruszenie art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że zastosował kryterium: „skrócenie terminu dostawy pierwszego pojazdu” w związku z zaistniałą możliwością sfinansowania przedmiotowego zamówienia ze środków pochodzących z rezerwy celowej budżetu państwa, pod warunkiem wydatkowania ich jeszcze w bieżącym roku. Zamawiający zastosował powyższe kryterium przyjmując jego wagę tylko 20%. Natomiast z treści przytoczonego przez Odwołującego wyroku KIO w sprawie KIO/UZP 361/10 nie wynika, aby KIO wykluczała zastosowania takiego kryterium, jeśli jest ono uzasadnione potrzebą Zamawiającego.

Co do zarzutu zawartego w pkt 3 odwołania Zamawiający nie widzi powodu zmiany zapisów dotyczących wymogu czasu pracy układu napędowego do naprawy głównej z  $\geq 20$  000h na  $\geq 16$  000h i nie zgadza się z wątpliwościami Odwołującego jakoby zapisy te ograniczały konkurencję, preferując pojazd SA-133 produkcji PESA. Zapisy wymagań

technicznych zamawianych pojazdów, zdaniem Zamawiającego, preferują najnowsze dostępne rozwiązania techniczne na rynku taboru kolejowego i mają na celu uzyskanie rozwiązań układu napędu wysokiej jakości i trwałość. Założony czas pracy układu napędowego do naprawy głównej ma na celu uzyskanie ekonomicznej eksploatacji pojazdów szynowych w długiej perspektywie ich użytkowania. Wydatkując środki publiczne na ten cel Zamawiający kierował się zasadą uzyskania jak najlepszych efektów i korzyści, uwzględniając, że takie rozwiązania są dostępne na rynku producentów taboru kolejowego.

Co do zarzutu zawartego w pkt 4 odwołania Zamawiający poinformował o modyfikacji zapisów SIWZ w tym zakresie oraz treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez zapis pkt 2 w nowym brzmieniu: „Konfiguracja powinna umożliwiać łączenie pojazdów ze sobą i dzielenie ich na stacjach, gdzie nie ma punktów utrzymania taboru oraz prowadzenie pojazdów w trakcji wielokrotnej do trzech pojazdów”.

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 wykonawca PESA, składając w dniu 6 sierpnia 2010 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie wypełnił jednej z przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przystąpienie to zostało bowiem złożone po upływie ustawowego terminu trzech dni od przekazania przez Zamawiającego kopii odwołania wykonawcom, poprzez zamieszczenie jej na stronie internetowej (30 lipca 2010 r.). Przystąpienie – zgodnie ze wskazanym przepisem ustawy Pzp – podobnie zresztą jak odwołanie, powinno być złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie w określonej formie – pisemnej, bądź opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami ustawy Pzp w przypadku złożenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp), konieczne jest złożenie w wymaganym ustawowym terminie odwołania bezpośrednio do Prezesa KIO. Nie ma w tym przypadku zaś znaczenia data nadania przesyłki zawierającej wskazaną korespondencję w urzędzie pocztowym.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia przez PESA jest nieskuteczne, tym samym wykonawca ten nie uzyskał przymiotu uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

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

Izba stwierdziła również, 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. Podstawą podnoszonych w odwołaniu zarzutów jest ustalenie przez Zamawiającego wymogów dotyczących realizacji zamówienia, w tym w szczególności w zakresie kryteriów oceny ofert w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i tym samym uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie niniejszego zamówienia. Gdyby nie te, kwestionowane przez Odwołującego, postanowienia SIWZ, miałby on szansę na skuteczne złożenie oferty w postępowaniu z możliwością uznania tej oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym zatem interes tego wykonawcy w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkoda).

Izba, rozpoznając przedmiotowe odwołanie dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym szczególności uwzględniono postanowienia SIWZ oraz jej modyfikację z 4 sierpnia 2010 r. Do materiału dowodowego włączono także:

- 1) korespondencję mailową z dnia 28 czerwca 2010 r. z firmy Newag z firmą VOITH;
- 2) pismo z Ministerstwa Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2010 r. (Nr TK1-500-40/10);
- 3) Uchwałę Nr 5401/2010 Zarządu Województwa Opolskiego z dnia 3 sierpnia 2010 r.;
- 4) wykaz przetargów prowadzonych w latach 2002 – 2010 r. pominiętych w zestawieniu Odwołującego;
- 5) protest Newag z dnia 12 stycznia 2010 r. w postępowaniu ogłoszonym przez Województwo Świętokrzyskie na „dostawę 4 sztuk nowych, dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych”;
- 6) list referencyjny Kolei FSE z dnia 16 lipca 2009 r.;
- 7) list referencyjny Kolei Emilia Romana s.r.l. z dnia 17 lipca 2009 r.;
- 8) list referencyjny Kolei Ferroviebord z dnia 22 lipca 2009 r.;
- 9) wykaz przetargów na dostawy taboru kolejowego ogłoszonych w Europie w latach 2005 – 2010 r.;
- 10) pismo PESA z dnia 30 kwietnia 2002 r. wraz z wypełnionym oświadczeniem;
- 11) pismo z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko – Pomorskiego z dnia 8 sierpnia 2002 r.;
- 12) opinia o autobusach szynowych 620 M z dnia 16 lipca 2009 r.;



- 13) pismo PESA z dnia 30 kwietnia 2010 r. wraz z wypełnionym przez wykonawcę oświadczeniem wskazującym uczestników postępowania;
- 14) pismo z Urzędu Marszałkowskiego Województw Kujawsko – Pomorskiego z dnia 8 sierpnia 2002 r.;
- 15) harmonogram produkcji dwuczłonowego spalinowego zespołu trakcyjnego;
- 16) wyciąg z Biznes Planu na 2010 r. PESA z dnia 9 sierpnia 2010 r.;
- 17) umowa nr 42/UM/DIF/2010 z dnia 18 maja 2010 r.;
- 18) ogłoszenia o zamówieniu nr: 2008/S 221-294207, 2009/S 24-034621, 2009/S 179-257180, 2009/S 217-313085, 2009/S183-263619, 2010/S 12-015106, 2010/S 33-047622, 2010/S 151-233041, 2009/150 – 219692;
- 19) oświadczenie VOITH z dnia 9 sierpnia 2010 r.

Uwzględniono także stanowiska stron postępowania odwoławczego wyrażone ustnie w toku rozprawy oraz na piśmie.

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

Co do pierwszego i drugiego z podnoszonych zarzutów odnoszących się do:

- zmiany pkt 4 lit. a) SIWZ, poprzez skreślenie w jego treści wyrazów: „(lub w krótszym w zależności od złożonej oferty)” oraz
- zmiany pkt 13 ust. 5 SIWZ, poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w 100% w oparciu o zaoferowaną cenę

Izba uznała te zarzuty za bezzasadne.

Izba podjęła w tym zakresie następujące ustalenia:

W pkt 4 lit. a) SIWZ Zamawiający określił maksymalny termin dostawy pierwszego z pojazdów objętych przedmiotem zamówienia na 26 tygodni od dnia podpisania umowy. Jednocześnie też wskazał, że ten maksymalny termin może być krótszy w zależności od złożonej oferty. Powyższe związane jest z zapisem pkt 13 ust. 5 lit. b) SIWZ, gdzie Zamawiający określił obok kryterium cenowego kryterium skrócenia terminu dostawy pierwszego pojazdu na 20%. W tym zakresie Zamawiający określił też sposób, w jaki będą oceniane oferty w tym kryterium, wskazując szczegółową punktację (za czas realizacji pierwszej dostawy: do 12 tygodni – 10 pkt, 13-17 tygodni – 5 pkt, 18-20 tygodni – 4 pkt, 21-22 tygodnie 3 pkt, 23-25 tygodni – 2 pkt i do 26 tygodni – 1 pkt). W ramach opisu sposobu dokonywania oceny ofert w tym kryterium Zamawiający wpisał, że zastosował wskazane

kryterium ze względu na pochodzenie środków na realizację przedmiotowego zamówienia z rezerwy celowej.

Przywołane postanowienia SIWZ wskazują na to, że Zamawiający oczekuje jak najszybszej dostawy pierwszego z dwóch pojazdów objętych przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby taki sposób określenia terminu realizacji zamówienia oraz jednego z kryteriów oceny ofert, odnoszącego się także do terminu dostawy części przedmiotu zamówienia, nie narusza uczciwej konkurencji. Zgodzić należy się z Odwołującym, że PESA jest istotnym podmiotem gospodarczym na rynku zamówień publicznych w sektorze dostaw pojazdów szynowych. Odwołujący jednak prezentując postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyniki tych postępowań uczynił to w sposób niepełny, na co sam zresztą wskazywał w treści odwołania. Stąd też te niepełne dane nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu w sprawie. Niezależnie od powyższego okoliczność, iż PESA jest dużym podmiotem specjalizującym się dostawami we wskazanej branży jest okolicznością niewątpliwą. Powyższe jednak nie może jeszcze przesądzać o tym, że podmiot ten każdorazowo jest i musi być preferowany przez każdego Zamawiającego w z racji swojej pozycji na rynku, którą przecież, w sposób uwzględniający potencjał firmy, jej możliwości produkcyjne i potrzeby rynku, samodzielnie kształtował.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie udowodnił, że określenie maksymalnego terminu dostawy na poziomie 26 tygodni narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zresztą sam w odwołaniu przyznał, że typowy czas produkcji dwuczłonowego autobusu szynowego wynosi ok. 6 miesięcy, zatem bezwzględny w tym zakresie wymóg SIWZ nie uniemożliwia mu złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Co do zapisów SIWZ preferujących wykonawców, którzy są w stanie zaoferować termin dostawy krótszy od maksymalnego (26 tygodni) Izba uznała, że powyższe w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania także nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Poprzez określenie w tym przypadku wymogów dotyczących krótszego terminu realizacji dostawy Zamawiający nie preferuje jednego wyłącznie wykonawcy co do zasady w sposób, który mieściłby się w zakresie dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Faktycznie większe szanse na uzyskanie zamówienia ma wykonawca, który w krótszym terminie zrealizuje dostawę na rzecz Zamawiającego, wszyscy jednak potencjalni wykonawcy mają w tym zakresie równe szanse i potencjalne możliwości uzyskania zamówienia. Izba zauważa, że w kategoriach naruszenia uczciwej konkurencji nie można traktować sytuacji, w której określone wymogi związane z realizacją przedmiotu zamówienia, czy też dotyczące kryteriów oceny ofert, są niedogodne dla jakiegoś wykonawcy. W tym zakresie konieczne jest bezstronne ustalenie, że w danych okolicznościach faktycznych, czy też prawnych zamówienia określone wymogi SIWZ obiektywnie uniemożliwiają dostęp do zamówienia określonemu wykonawcy, czy też

określonej grupie wykonawców, a w sposób jednoznaczny wskazują na innego wykonawcę, czy producenta. W niniejszym przypadku z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Ustalona waga kryterium oceny ofert na poziomie 20% w stosunku do kryterium ceny na poziomie 80% oraz przyjęte zasady oceny ofert w tym kryterium w żaden sposób – w ocenie Izby – nie naruszają zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdzie zawarta jest definicja ustawowa najkorzystniejszej oferty Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wybiera ofertę najkorzystniejszą, uwzględniając w tym zakresie najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, albo też – w przypadku kiedy stosuje jako wyłączne kryterium cenowe - ofertę z najniższą ceną. Powyższe oznacza, że Zamawiający może stosować w postępowaniu cenę jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej na równi z sytuacją, w której obok ceny pojawiają się też inne kryteria oceny ofert, a w takiej sytuacji istotne jest tylko, aby te inne kryteria oceny ofert odnosiły się do przedmiotu zamówienia. Termin realizacji zamówienia, czy też, jak w tym przypadku, szczególny termin realizacji części zamówienia, niewątpliwie odnosi się do przedmiotu zamówienia i może stanowić odrębne kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo podkreślenia wymaga okoliczność, że Zamawiający w przypadku niniejszego postępowania nawet w postanowieniach SIWZ – choć nie miał w tym zakresie takiego obowiązku - zawarł uzasadnienie do zastosowania drugiego obok ceny kryterium oceny ofert, wskazując pochodzenie środków na realizację przedmiotowego zamówienia z rezerwy celowej. Powyższe dodatkowo Zamawiający potwierdził w toku rozprawy, wskazując na konkretne w tym zakresie decyzje finansowe wynikające z pisma Ministerstwa Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2010 r. oraz z uchwały Zarządu Województwa Opolskiego z dnia 3 sierpnia 2010 r. (uchwała nr 5401/2010). Z powyższego jednoznacznie wynika, że przyznane w dotacji celowej z budżetu państwa środki finansowe w wysokości ok. 7 mln zł będą mogły być wykorzystane na zakup części przedmiotu zamówienia, tj. przynajmniej jednego z pojazdów, który to zakup powinien być dokonany do dnia 31 grudnia 2010 r. Przy przyjęciu krótszych terminów dostawy pierwszego pojazdu istnieje możliwość sfingowania tego zakupu właśnie z przyznanej dotacji celowej. Co do argumentacji Odwołującego podnoszonej w tym zakresie w toku rozprawy, że dostawa drugiego pojazdu przewidziana jest dopiero w kwietniu 2011 r. Izba zwraca uwagę, że przecież w zakresie przyjętego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert uwzględniono dostawę pierwszego z pojazdów objętych przedmiotem zamówienia, a ponadto Zamawiający dysponuje również własnymi środkami finansowymi na sfinansowanie części zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego przytoczonej w treści odwołania i powtórzonej w toku rozprawy, a odnoszącej się do zapadłego w podobnej sprawie wyroku

KIO z dnia 12 kwietnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 361/10), w którym KIO uwzględniła odwołanie NEWAG S.A. uznając, że określone w tym postępowaniu kryterium terminu realizacji zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji, Izba po pierwsze zwraca uwagę, że wskazane orzeczenie zapadło w przedmiocie innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postępowanie prowadzone przez Województwo Lubuskie na „Dostawę 1 sztuki fabrycznie nowego pojazdu szynowego z napędem spalinowym do kolejowych przewozów pasażerskich tzw. autobusu szynowego”) zatem w żadnej mierze nie ma charakteru wiążącego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Orzeczenie KIO wydawane jest przez skład orzekający Izby wyznaczony na podstawie obowiązujących przepisów ustawy Pzp odrębnie dla każdej sprawy odwoławczej. Każdy członek Izby wyznaczony do orzekania w konkretnej sprawie przy orzekaniu – stosownie do art. 174 ust. 7 ustawy Pzp jest niezawisły i związany wyłącznie przepisami obowiązującego prawa. Zgodnie zaś z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba, wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku danego postępowania odwoławczego, a stosowanie do art. 190 ust. 7 ustawy Pzp, oceniając wiarygodność i moc dowodów, czyni to według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Tym samym zatem obowiązujące przepisy prawa nie przewidują precedensowego charakteru rozstrzygnięć podejmowanych przez Izbę.

Po drugie należy podnieść, że wyrok wydany w sprawie KIO/UZP 361/10 dotyczył zupełnie odmiennego stanu faktycznego, z tych też względów nie można w tym przypadku mówić o rozbieżności w zakresie podjętego w poprzedniej sprawie i aktualnie rozstrzygnięcia Izby. Zasadnicza różnica sprowadza się w tym zakresie do tego, że w sprawie rozpoznawanej wcześniej przez Izbę Zamawiający określił w odmienny sposób zasady oceny i wagę przyjętego kryterium - termin realizacji zamówienia (kryterium miało wagę 50% i zostało przyjęte przez Zamawiającego w związku z innymi okolicznościami w tej konkretnej sprawie). Z tych też względów przyjmowanie za wiążącą argumentacji podjętej przez KIO w sprawie KIO/UZP 361/10 w aktualnie rozpoznawanej przez Izbę sprawie byłoby daleko idącym nadużyciem.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż przyjęte w ramach kryterium oceny ofert krótkie terminy dostaw są możliwe do zastosowania wyłącznie przez PESA z uwagi na to, że wykonawca ten prowadzi produkcję na magazyn, Izba stwierdziła, że przyjęcie nawet tego twierdzenia Odwołującego za wiarygodne w żaden sposób nie uzasadnia naruszenia uczciwej konkurencji. Przyjmowany sposób produkcji na magazyn, choćby zasadniczej części pojazdu szynowego objętego przedmiotem zamówienia oznacza, że wykonawca podejmuje pewnego rodzaju ryzyko, które może również znajdować odzwierciedlenie w jego cenie ofertowej, która także podlega ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Ryzyko

takie podejmował także sam Odwołujący – jak przyznał w toku rozprawy – w sprawie postępowania na dostawę pojazdów szynowych dla Województwa Pomorskiego. Odwołujący wskazywał, iż termin składania ofert w tym postępowaniu był wyznaczony na styczeń 2010 r. zaś umowę w sprawie zamówienia podpisano dopiero w maju z terminem dostawy na czerwiec. Tymczasem Odwołujący rozpoczął produkcję pojazdu już w lutym tego roku, co prawda po otwarciu ofert, ale jeszcze przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym także Odwołujący stosował zasadę produkcji pojazdów objętych przedmiotem zamówienia przed formalnym udzieleniem zamówienia, podejmując w tym zakresie pewnego rodzaju ryzyko gospodarcze. Produkcja na tzw. magazyn stanowić też może swego rodzaju organizację pracy przyjętą w danym podmiocie gospodarczym, co również nie może świadczyć o naruszeniu uczciwej konkurencji.

Niezależnie jak od powyższego Izba uznała, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że nie jest obiektywnie możliwe dotrzymanie innego terminu dostaw pojazdów niż termin maksymalny. Powyższe na pewno zależne jest od sytuacji danego wykonawcy na danym rynku, jego możliwości produkcyjnych, jak również organizacji pracy. We wskazanym zaś zakresie dopuszczalne jest stosowanie przez podmioty gospodarcze różnego rodzaju rozwiązań, które gwarantowałyby im większe możliwości pozyskania na rynku klientów, na rzecz których mogliby spełniać określonego rodzaju świadczenia. Jeśli Odwołujący chce uzyskać zamówienie powinien stosować normalne mechanizmy konkurencyjne umożliwiające mu pozyskanie zamówienia. Powyższego w żaden sposób nie hamują ustalone zasady oceny ofert w ramach przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do dowodu przedstawionego w sprawie przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że nie jest możliwe dotrzymanie terminu dostawy przez Odwołującego na poziomie określonym w ramach kryterium oceny ofert, tj. korespondencji mailowej z firmą VOITH, Izba uznał ten dowód za nieprzekonujący. Korespondencja wskazuje na czas dostawy kompletnego układu napędowego w okresie około 12-14 miesięcy zaś przekładni trakcyjnej 10-12. Przedłożony dowód potwierdza jedynie to, że określona osoba udzielająca odpowiedzi Odwołującemu w imieniu firmy VOITH wskazuje na określony termin dostawy układu napędowego i przekładni trakcyjnej. Na podstawie przedłożonej korespondencji mailowej nie mamy jednak wiedzy, jakich dokładnie urządzeń dotyczyło zapytanie, a tym samym udzielona odpowiedź przez VOITH, jakie są uwarunkowania gospodarcze Odwołującego i ustalone zasady współpracy pomiędzy tymi podmiotami, czy np. powyższe, czy też treść pytania zadanego przez Odwołującego nie warunkowała udzielonej przez firmę VOITH odpowiedzi. Ponadto udzielona odpowiedź nie ma charakteru pewnego i wiążącego, świadczą o tym sformułowanie: „*Potwierdzę te wartości jak tylko otrzymam odpowiedź z Niemiec*”. Nie można zatem uznać, aby były to warunki obiektywnie

niemożliwe do spełnienia, czy też utrudniające sporządzenie i złożenie oferty w postępowaniu i pozyskanie zamówienia.

Co do trzeciego z podnoszonych zarzutów odnoszącego się do zmiany pkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie czasu pracy silnika spalinowego do pierwszej naprawy głównej z 20 000 h na 16 000 h Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Przywołany zapis SIWZ w sposób jednoznaczny wskazuje, że Zamawiający oczekuje, aby silnik spalinowy posiadał czas pracy do naprawy głównej na poziomie większym niż 20 000 h. Izba uznał, że zapis ten w żaden sposób nie ogranicza uczciwej konkurencji i równego traktowania. Odwołujący w treści odwołania wskazywał, że określony minimalny czas do naprawy głównej wskazuje jednoznacznie na konieczność zabudowania w pojazdach będących przedmiotem zamówienia silnika MAN D2876LUE623 z przekładnią T211bre firmy VOITH. Podnosił także, że PESA w porozumieniu z firmą VOITH opracowała układ napędowy tzw. PowerPack i dodatkowo zastrzegła to opracowanie w urzędzie patentowym, uniemożliwiając sprzedaż tego rozwiązania przez firmę VOITH innym producentom autobusów szynowych. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący oprócz twierdzeń nie przedstawił w tym zakresie żadnych przekonujących dowodów ani na okoliczność, że tylko silniki MAN mogą być zamontowane w pojazdach stanowiących przedmiot zamówienia, ani też na okoliczność, że stworzone specjalne rozwiązanie układu napędowego zostało zastrzeżone w urzędzie patentowym z brakiem możliwości sprzedaży tego rozwiązania przez firmę VOITH innym podmiotom niż PESA.

W toku rozprawy Zamawiający wskazał, że przed wszczęciem postępowania i przygotowaniem opisu przedmiotu zamówienia dokonano rozeznania i stwierdzono, że kwestionowany wymóg dotyczący czasu do naprawy głównej w zakresie układu napędowego (20 000 h) może być również spełniony przez silniki MTU i Iveco. Zamawiający przedłożył też w trakcie rozprawy oświadczenie z dnia 9 sierpnia 2010 r. Prezesa Zarządu firmy VOITH Turbo Sp. z o.o. – Pana Tadeusza Leszczyńskiego o tym, że pomiędzy wskazaną firmą, a PESA nie zostało zawarte porozumienie dotyczące układu napędowego, uniemożliwiające oferowanie stworzonych przez VOITH rozwiązań innym niż PESA producentom pojazdów, stwierdzając jednocześnie, że firma VOITH wielokrotnie oferowała innym niż PESA polskim producentom pojazdów zarówno kompletne układy napędowe, jak i ich komponenty. Co do przywołanych twierdzeń Zamawiającego, jak i powołanego przez niego dowodu, Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się. Wręcz Odwołujący w toku rozprawy potwierdził, że rozwiązania układu napędowego w tzw. PowerPacku są dostępne dla wszystkich wykonawców. Podkreślał jedynie, że w skład tego rozwiązania wchodzi przekładnia, której termin dostarczenia, jak wykazano w korespondencji mailowej z firmą VOITH, jest długim terminem. W tym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone wcześniej co do

odniesienia się do przedstawionego dowodu korespondencji mailowej z firmą VOITH, uznając, że w tym zakresie nie udowodniono utrudnienia w zakresie uczciwej konkurencji.

Co do czwartego z podnoszonych zarzutów odnoszącego się do zmiany pkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie układu i pojemności pojazdów szynowych, poprzez zobowiązanie Zamawiającego do nieodpłatnego przekazania wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego, dokumentacji technicznej (elektryczna i mechaniczna) sprzęgów czołowych ze specyfikacją protokołów komunikacyjnych łącznie, umożliwiającą temu wykonawcy dostarczenie Zamawiającemu pojazdów możliwych do łączenia z posiadanymi przez Zamawiającego pojazdami serii SA 103 oraz SA 134 oraz ich pełną ruchową i komunikacyjną funkcjonalność Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się, jednakże z uwagi na brak wpływu tego naruszenia na wynik postępowania Izba – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – nie mogła uwzględnić z tego tytułu odwołania.

Izba uznała, że określenie w opisie przedmiotu zamówienia, że w przypadku wymaganej konfiguracji dostarczanych pojazdów, która to konfiguracja umożliwiałaby prowadzenie pojazdów w trakcie wielokrotnej do trzech pojazdów co do posiadanych przez Zamawiającego pojazdów serii SA 103 i SA 134 bez jednoczesnego udostępnienia dokumentacji technicznej tych pojazdów bądź stosownego opisu w tym zakresie w SIWZ, prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz art. 30 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe zresztą przyznał sam Zamawiający, kierując do Izby pismo z dnia 5 sierpnia 2010 r. (DOA.IV.33210-7/10), w którym poinformował, że dokonał modyfikacji SIWZ (pismo z dnia 4 sierpnia 2010 r.; znak: DOA.IV.33210-7/10) i zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu (data wysłania ogłoszenia: 4 sierpnia 2010 r.), co do kwestionowanego wymogu SIWZ. Zamawiający zrezygnował z postanowień SIWZ konieczności takiej konfiguracji pojazdów, która zapewniałaby trakcję wieloczołową z pojazdami posiadanymi przez Zamawiającego i pozostawił jedynie zapis o takiej konfiguracji, która ma umożliwiać łączenie pojazdów ze sobą i dzielenie ich na stacjach w trakcji wielokrotnej do trzech pojazdów.

Pomimo takiego działania ze strony Zamawiającego Odwołujący podtrzymał stawiany w odwołaniu zarzut, wskazując, że zapisanie konieczności łączenie pojazdów w trakcji wielokrotnej do trzech pojazdów w dalszym ciągu wskazuje na konieczność dostosowania pojazdów dostarczanych w ramach niniejszego zamówienia do pojazdów będących aktualnie w dyspozycji Zamawiającego.

Zdaniem Izby aktualnie obowiązujące zapisy SIWZ, po modyfikacji, nie wskazują w żaden sposób, że dostarczane pojazdy muszą być skonfigurowane z będącymi w dyspozycji Zamawiającego pojazdami. Żaden przywoływany zapis SIWZ na powyższe nie

wskazuje, stąd też wywodzenie z treści SIWZ jakiś innych treści niż wyrażone przez Zamawiającego stanowi nadużycie. Co do argumentacji Odwołującego, że przedmiotem dostawy są dwa pojazdy, zaś Zamawiający w dalszym ciągu po modyfikacji SIWZ oczekuje konfiguracji pojazdów w trakcji wielokrotnej do trzech pojazdów, Izba uznała za wiarygodne twierdzenia i argumentację Zamawiającego, że oczekuje on wyłącznie konfiguracji pojazdów w ramach niniejszej dostawy, a więc co do dwóch pojazdów natomiast przywołanie w SIWZ trzeciego pojazdu związane jest z taką konfiguracją dwóch dostarczanych pojazdów z trzecim, który w sytuacjach awaryjnych byłby w stanie dokonać ściągnięcia uszkodzonych pojazdów.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba w przypadku pierwszych trzech zarzutów podnoszonych w odwołaniu nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przepisów ustawy Pzp, zaś w przypadku czwartego zarzutu Izba, stwierdzając naruszenie przepisów ustawy Pzp (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), jednocześnie uznała, że naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania wobec uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego i wykonania przed zamknięciem rozprawy w niniejszym postępowaniu czynności w postępowaniu związanych z modyfikacją SIWZ w kwestionowanym zakresie.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....