

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 28 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **S. Sp. z o.o., (...)**,
w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Śląskie S.A., (...)**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **M. P. Sp. z o.o., (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **P. S. P. B. S.A., (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **S. P. Sp. z o.o., (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S. Sp. z o.o., (...)** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. sp. z o.o. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od S. sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz zamawiającego Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w C. kwotę kwotę 3 992 zł 37 gr (słownie trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt dwa złote 37 groszy) stanowiącą poniesione koszty postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), kosztów dojazdu (350 zł 55 gr) i kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw 41 zł 82 gr.).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w C. prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zakup wagonów tramwajowych wieloczlónowych, niskopodłogowych, Numer referencyjny: UE/JRP/B/454/2017, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2017 pod numerem 2017/S 144-297809.

Odwołujący: S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, a polegających na sporządzeniu SIWZ w sposób niezgodny z PZP, w szczególności sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, faworyzujący wybranych uczestników rynku, a zatem niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy PZP w zakresie art. 29 ust. 1, 2 PZP, art. 7 ust. 1 PZP poprzez sporządzenie opisu w sposób naruszający uczciwą konkurencję, nieuzasadniony potrzebami zamawiającego, uniemożliwiający złożenie oferty przez podmioty mogące zrealizować zamówienie.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców, mogących zrealizować Zamówienie. Treści SIWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, co naraża go na wymierną szkodę polegającą na utracie szans biznesowych.

UZASADNIENIE 1. Naruszenie art. 29 ust. 1, 2 PZP, art. 7 ust. 1 PZP w następujących częściach SIWZ: Rozdział III SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, pkt. 1, Załącznik nr 1 a i 1b do SIWZ

Zamawiający określił 2 typy tramwaju poprzez podanie ich wymiarów zewnętrznych ([...] o długości minimalnej 22m nie więcej niż 25m [...] oraz [...] długości minimalnej 30m nie więcej niż 32m [...]) gdzie w załącznikach 1a i 1b do SIWZ w zapisach odpowiednio punktu „3. Podstawowe parametry tramwaju” zdefiniował ten wymiar jako „długość mierzona pomiędzy czołem ściany przedniej i tylnej (bez sprzęgów i zderzaków)”.

Dodatkowo wskazuje, że w treści SIWZ, przewidziano, że „pojemność znamionowa nie mniej niż 155 pasażerów, w tym minimum 38 miejsc siedzących stałych” lub „pojemność znamionowa nie mniej niż 200 pasażerów, w tym minimum 72 miejsca siedzące stałe”. (Załącznik 1a i 1b do SIWZ pkt. 3 Podstawowe parametry tramwaju, tiret 4).

Z uwagi na wymagania dotyczące pojemności tramwaju zupełnie niezrozumiałe i nieuzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego jest określenie długości

minimalnej tj. 22m nie więcej niż 25m oraz 30m nie więcej niż 32m w tramwajach wymaganych przez Zamawiającego.

Pojemność znamionową można uzyskać właściwym zagospodarowaniem wnętrza tramwaju przy wymiarach zewnętrznych mniejszych niż określił Zamawiający. Niedopuszczenie pojazdów krótszych niż wedle opisu Zamawiającego ogranicza konkurencję lub wymusza sztuczne wydłużanie pojazdu.

Dodatkowo Zamawiający wymaga by zaoferowane pojazdy nie były prototypami, czyli żeby zaoferowane tramwaje były pojazdami już wprowadzonymi do eksploatacji.

W ocenie Odwołującego powyższy wymóg w zakresie minimalnej długości tramwajów nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego, nie jest też uzasadniony istniejącą u Zamawiającego infrastrukturą. Takie postanowienia SIWZ nie można uzasadnić obiektywnymi okolicznościami. Wymóg ten ogranicza w sposób niezasadny konkurencję i uniemożliwia m.in. Odwołującemu złożenie oferty.

Zamawiający w ocenie Odwołującego naruszył art. 29 ust. 2 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP.

Wnosi o:

- usunięcie z treści SIWZ i załączników do SIWZ wymogów w zakresie długości minimalnej wagonów tramwajów.

2. Naruszenie art. 29 ust. 1, 2 PZP, art. 7 ust. 1 PZP w następujących częściach SIWZ: Rozdział III SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, pkt 1, Załącznik nr 1 a do SIWZ Zamawiający ograniczył maksymalną długość tramwaju opisanego w Zał. nr 1 a do SIWZ, do 25m [...] gdzie w zał. 1a do SIWZ w pkt „3. Podstawowe parametry tramwaju” zdefiniował ten wymiar jako „długość mierzona pomiędzy czołem ściany przedniej i tylnej (bez sprzęgów i zderzaków)”.

Dodatkowo w SIWZ przewidziano, że „pojemność znamionowa nie mniej niż 155 pasażerów, w tym minimum 38 miejsc siedzących stałych”. (Zał.1a do SIWZ pkt. 3 Podstawowe parametry tramwaju, tiret 4)

Z uwagi na wymagania dotyczące pojemności tramwaju zupełnie niezrozumiałe i nieuzasadnione rzeczywistymi potrzebami i możliwościami zamawiającego jest określenie długości maksymalnej tramwaju do 25 m, skoro w tym samym postępowaniu Zamawiający wskazuje, że na jego sieci mogą być eksploatowane pojazdy o długości do 32 m.

Stosowanie krótszych pojazdów można uzasadniać chęcią ograniczenia masy pojazdu i w konsekwencji chęcią ograniczenia kosztów energii zużytej na cele trakcyjne, jednak wydaje się, że dla Zamawiającego ma to drugorzędne znaczenie, ponieważ Zamawiający nie wymagał określenia stopnia sprawności pojazdu ani nie zawarł w kryteriach oceny ofert żadnych odniesień do energooszczędności pojazdów.

W ocenie Odwołującego powyższy wymóg w zakresie maksymalnej długości tramwajów nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Wymóg ten ogranicza w sposób niezasadny konkurencję i uniemożliwia m.in. Odwołującemu złożenie oferty.

Wskazujemy, że zasada uczciwej konkurencji jest nadrzędną zasadą udzielania zamówień publicznych. Gdyby Zamawiający w istocie uznał że energooszczędność stanowi ważne kryterium może uwzględnić tę przesłankę w kryteriach oceny ofert. Natomiast zmiana opisu przedmiotu zamówienia w zakresie długości maksymalnej wagonu opisanego w Załączniku nr 1a do SIWZ, poszerzy niewątpliwie krąg wykonawców mogących zrealizować niniejsze zamówienie, który przez obecne zapisy SIWZ jest ograniczony.

Dodatkowo Zamawiający wymaga by zaoferowane pojazdy nie były prototypami, czyli żeby zaoferowane tramwaje były pojazdami już wprowadzonymi do eksploatacji.

W ocenie Odwołującego powyższy wymóg w zakresie maksymalnej długości tramwajów nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego, a także nie jest uzasadniony możliwościami wykorzystania tramwajów o długości do 32 metrów w istniejącej u Zamawiającego infrastrukturze. Takie postanowienia SIWZ nie można uzasadnić żadnymi obiektywnymi okolicznościami. Wymóg ten ogranicza w sposób niezasadny konkurencję i uniemożliwia m.in. Odwołującemu złożenie oferty. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, naruszył art. 29 ust. 1, 2 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o:

- dopuszczenie w SIWZ i Załącznikach do SIWZ w miejsce obecnie istniejącego ograniczenia długości maksymalnej wagonów tramwajów, opisanych jako „nie więcej niż 25 m” następującego opisu: „nie więcej niż 29 m”.

3. Naruszenie art. 29 ust. 1, 2 PZP, art. 7 ust. 1 PZP w następujących częściach SIWZ: W Załączniku 1 a i 1 b d SIWZ punkt 5 (Wózki napędowe i toczne) ppkt. 5.1 Zamawiający określił:

„Wagon musi posiadać obrotowe wózki napędowe (wózki o nieograniczonym względem pudła obrocie w zakresie pokonywanych łuków torowych występujących u Zamawiającego) o wszystkich obrotowych osiach klasycznych, posiadające odsprężynowanie I stopnia pomiędzy zestawem kołowym, a konstrukcją wózka oraz odsprężynowanie II stopnia pomiędzy wózkiem i pudłem, nie licząc elastyczności kół. Każda oś wózka napędowego powinna być napędzana silnikiem prądu przemiennego chłodzonym powietrzem z przewietrzaniem własnym, pośrednim. Nie dopuszcza się umieszczenia układów napędowych na zewnątrz ram wózków i kół.”

Powyżej wymagane rozwiązania konstrukcyjne wózków były stosowane w przeszłości. Zgodnie z wiedzą odwołującego powyższe rozwiązania stosowano 18 lat temu i od ponad 15 lat nie są stosowane przez producentów. Obecnie, zgodnie z wiedzą Odwołującego, tylko jeden producent tramwajów może zaoferować pojazd bazujący na opisanej konstrukcji wskrzeszając produkcję tramwajów wycofanych z oferty produktowej.

Zamawiający określił wymóg zastosowania obrotowego wózka pod pudłem wagonu. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, w nowoczesnych tramwajach stosowane są różne rozwiązania połączeń podatnych między ramą wózka, a pudłem wagonu, np. wózki wychylne. Obecnie stosowane, nowoczesne rozwiązania połączeń podatnych między ramą wózka, a pudłem wagonu nie są rozwiązaniem gorszym od wymaganego w SIWZ, a wręcz przeciwnie poprzez wykorzystanie łączników metalowo-gumowych zamiast klasycznego czopa skrętu pozwala na eliminację elementów ciernych co przekłada się na mniejsze zużycie elementów pojazdu, a w konsekwencji na niższe koszty eksploatacyjne ponoszone przez Zamawiającego.

Zastosowanie osi klasycznych skutkuje powstaniem dużych sił między kołami i szynami podczas pokonywania ciasnych łuków, co przekłada się na szybsze zużycie zestawów kołowych oraz zwiększone zużycie elementów infrastruktury. Fakt ten wynika z podstaw fizycznych przekazywania momentów trakcyjnych pary koło-szyna. Aby zmniejszyć koszty eksploatacji tramwaju i zwiększyć żywotność jego elementów producenci stosują osie portalowe sprzężone mechanicznie lub z niezależnie osadzonymi kołami.

Powyższe rozwiązania nie są gorsze od wymaganych przez Zamawiającego, a wręcz przeciwnie, jak wskazano powyżej, korzystnie wpływają na proces eksploatacji pojazdu i ponoszonych z tego tytułu kosztów. Powyższy wymóg stoi w sprzeczności z zapisem punktu 1.1 Załącznika 1 a i 1 b do SIWZ „o nowoczesnej konstrukcji”.

Również wymóg zastosowania układu napędowego wewnątrz ramy wózka oraz między kołami jest nieuzasadniony i stoi w sprzeczności z zapisem punktu 1.1 Załącznika 1 a i 1 b do SIWZ „o nowoczesnej konstrukcji”, ponieważ taka konfiguracja układu napędowego uniemożliwia zastosowanie niskiej podłogi nad obszarem wózka. W tym miejscu wskazujemy, że jednym z kryteriów oceny ofert jest udział długości niskiej podłogi (patrz pkt. 5.3 SIWZ) co rozumiemy, że jest dość istotną cechą tramwaju, według Zamawiającego. Tymczasem zgodnie z SIWZ zastosowanie wyższej podłogi nad układem napędowym, wymaganym w SIWZ, powoduje, że obszar niskiej podłogi jest ograniczony do powierzchni między wózkami napędowymi.

We wszystkich nowoczesnych tramwajach stosowane są układy napędowe zabudowane na zewnątrz ramy wózka po zewnętrznej stronie kół. Rozwiązane takie pozwala na uproszczenie procedur naprawczych i pozwala na zmniejszenie sił wywołanych masą nieresorowaną.

Z powyższego wynika, że obecnie stosowane układy napędowe zabudowane na zewnątrz ramy wózka nie są rozwiązaniami gorszymi niż wymagany w SIWZ układ napędowy wewnątrz ramy wózka oraz między kołami. Przeciwnie, rozwiązania takie pozwalają na ograniczenie kosztów eksploatacji tramwajów.

W ocenie Odwołującego, jak wykazano uprzednio, powyższe wymogi w zakresie konstrukcji wózka nie znajdują żadnego uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Takie postanowienia SIWZ nie można uzasadnić żadnymi obiektywnymi okolicznościami. Wymóg ten ogranicza w sposób niezasadny konkurencję i uniemożliwia m.in. Odwołującemu złożenie oferty.

Zamawiający, w ocenie Odwołującego, naruszył art. 29 ust. 1, 2 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP.

W związku z powyższym wnosi o zmianę dotychczasowego pkt. 5.1. w Załączniku 1a oraz 1b poprzez dopuszczenie również nowoczesnych rozwiązań konstrukcji wózka i wskazanie, że:

- „Wagon musi posiadać wózki napędowe zamocowane do pudła w sposób podatny (wózki o nieograniczonym względem pudła obrocie lub wychyleniu w zakresie pokonywanych łuków torowych występujących u Zamawiającego), posiadające odsprężynowanie I stopnia pomiędzy zestawem kołowym, a konstrukcją wózka oraz odsprężynowanie II stopnia pomiędzy ramą wózka i pudłem, nie licząc elastyczności kół. Wszystkie koła wózka napędowego powinny być napędzane za pomocą układu napędowego wykorzystującego silniki prądu przemiennego chłodzone powietrzem z przewietrzaniem własnym, pośrednim. ”

Zamawiający w złożonej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że zarzuty odwołania jako bezzasadne powinny zostać w całości oddalone.

W ocenie zamawiającego z treści odwołania nie wynika na czym, w ocenie odwołującego polega naruszenie konkurencji, poza wielokrotnym podkreśleniem w treści odwołania, iż zakwestionowane zapisy siwz uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty. Wobec braku dowodów na potwierdzenie zarzutów, zamawiający domniemuje, iż wykonawca nie jest w stanie zaoferować zamawiającemu tramwajów spełniających postawione wymagania.

Zamawiający stwierdził, że w orzecznictwie KIO wskazywano, iż naruszenie zasady uczciwej konkurencji i wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy pzp ma miejsce wtedy, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu. Jednocześnie w orzecznictwie podkreśla się, iż właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą

ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp. W zamówieniach publicznych nie ma konkurencyjności absolutnej – zawsze ograniczenie konkurencji w jakimś stopniu występuje. Jednym z najbardziej adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest kwalifikacja powyższego w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. Kategoria ta umożliwia, z uwzględnieniem specyfiki zamówienia i zamawiającego, przeprowadzenie pełnej oceny względów, którymi zamawiający kierował się przyjmując określony kształt i zakres przedmiotu zamówienia.

Potrzeby zamawiające stanowią jak najbardziej racjonalną kategorię służącą ocenie danego ograniczenia konkurencji wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres przedmiotowy i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć tj. mający zaspokoić jego uzasadnione potrzeby. Inne podmioty jak wykonawcy czy organy orzekające lub kontrolujące przestrzeganie przepisów pzp nie są uprawnione do narzucania zamawiającemu konkretnego określenia jego potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającemu prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji, które mogą doprowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia należy zbadać zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Ponadto w przypadku podniesienia przez odwołującego zarzutu naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji przez niezgodne z tą zasadą opisanie przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy zgodnie z ogólną zasadą płynącą z art. 6 kc spoczywa ciężar dowodu, iż naruszenie zasady uczciwej konkurencji nastąpiło.

Zamawiający zauważa, że zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 są zarzutami poważnymi, gdyż naruszenie zasad w nich zawartych czyni w zasadzie wadliwym całe późniejsze postępowanie. Odwołujący decydując się na postawienie tych zarzutów ma obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń, a w zakresie art. 29 ust. 2 ustawy obowiązek uprawdopodobnienia możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji.

Z treści odwołania w sprawie rozpatrywanej wynika, iż w prowadzonym postępowaniu, odwołujący wg swojej oceny nie jest w stanie złożyć oferty, gdyż opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada gamie produktów oferowanych przez niego. Nie wykazał on, iż nie

funkcjonują na rynku inne podmioty, które są w stanie taką ofertę złożyć. Nie wykazano zatem, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji poprzez uniemożliwienie złożenia ofert w postępowaniu przez innych producentów tramwajów.

Zauważa, że do niniejszego postępowania przystąpiło po jego stronie trzech producentów, natomiast żaden nie zdecydował się na przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego, co wskazuje, iż na tynku producentów funkcjonują co najmniej trzy podmioty zdolne do złożenia oferty i realizacji zamówienia. Wg wiedzy zamawiającego nie są to jedyne podmioty, które mogą realnie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Stwierdził, że 8 lutego 2017 r. inny zamawiający – Tramwaje Warszawski sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych całkowicie niskopodłogowych, w którym warunki udziału w postępowaniu zostały określone na podobnym poziomie. M. in. określono warunki długości tramwaju (dwukierunkowy dł. Nie mniejsza niż 30 m nie większa niż 33 m /.../, jednokierunkowy o długości nie mniejszej niż 30 m i nie większej niż 33 m /.../, jednokierunkowy o długości nie mniejszej niż 20 m i nie większej niż 24 m) z opisanymi zdolnościami przewozowymi dla każdego z trzech typów tramwaju.

W postępowaniu tym również określono, że konstrukcja tramwaju ma się opierać na wózkach klasycznych (obrotowych). Oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym trzech nie będących przystępującymi w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Powyższe ma wskazywać na szeroki krąg potencjalnych wykonawców, a także fakt dopuszczenia do udziału podmiotów spoza Unii Europejskiej pozwala na zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający zauważa, że żaden zapis siwz nie wyłącza hipotetycznie możliwości odwołującego do złożenia oferty i stwierdza, że nie jest tak jak wskazuje odwołujący, że postawiono wymóg, aby zaoferowane pojazdy nie były prototypami, czyli żeby były pojazdami już wprowadzonymi do eksploatacji.

Zgodnie z pkt. 2.3. zał. 1a oraz 1b do siwz wymaga się wyłącznie, aby zastosowane rozwiązania techniczne (w szczególności zespoły napędowe i jezdne) nie były prototypami; warunek tym samym nie dotyczy całych tramwajów, które będą zgodnie ze specyfiką wymagań produkowane na potrzeby zamawiającego. Powyższe jest zgodne z powszechną praktyką; tramwaje projektowane i wykonywane są na bazie już dostępnych dla producenta rozwiązań pod konkretne wymagania postawione w OPZ. W ocenie zamawiającego nie ma przeszkód, aby wykonawca bazując na dostępnych mu rozwiązaniach technicznych mógł wziąć udział w postępowaniu. Wskazuje także, że dokumentacja postępowania, w tym opis przedmiotu zamówienia była przedmiotem kontroli instytucji zarządzającej, która nie dopatrzyła się w dokumentacji postanowień, które naruszałyby zasadę uczciwej konkurencji.

Z ostrożności, na wypadek uznania, iż sformułowany opis przedmiotu zamówienia (opz) narusza zasadę uczciwej konkurencji zamawiający wskazuje, że wymagania opisu są podyktowane wyłącznie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.

Zamawiający wskazuje, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało poprzedzone opracowaniem studium wykonalności oraz szczegółową analizą potrzeb zamawiającego związanych z realizacją projektu, w skład którego wchodzi przedmiotowe zamówienie. Wskazał na cel swojej działalności, jakim jest zaspokajanie potrzeb w zakresie transportu zbiorowego mieszkańców miast, gmin, strukturę organizacyjną, długość obsługiwanej infrastruktury liniowej (torowej), założenia polityki taborowej, tym plany zakupu nowych tramwajów z uwzględnieniem zakupu 8 wagonów o długości 30 – 32 m, 27 wagonów o długości 22 – 25 m i 10 wagonów jednoczłonowych o długości minimalnej 13,5 m.

Ilość oraz długości poszczególnych tramwajów została podyktowana przeprowadzonymi badaniami w zakresie obciążenia infrastruktury, oczekiwań mieszkańców, a w konsekwencji przewidywanymi potokami pasażerskimi na poszczególnych liniach obsługiwanych przez zamawiającego, tak, aby opz w sposób jak najbardziej adekwatny był dostosowany do zdefiniowanych potrzeb zamawiającego, a długość tramwajów była powiązana z planami przewozowymi oraz oczekiwaniami organizatora komunikacji oraz średnią ilością pasażerów, która korzysta z linii tramwajowych, na których mają być wykorzystywane tramwaje.

Tym samym, w ocenie zamawiającego niezrozumiałe jest wskazywanie przez odwołującego, że posiada on większą wiedzę na temat uzasadnionych potrzeb zamawiającego w zakresie realizowanego przez niego zamówienia na zakup taboru tramwajowego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1, 2, art. 7 ust. 1 przez określenie minimalnej długości tramwaju zamawiający wskazał na fakt braku dowodów w odwołaniu na poparcie zarzutu. Przypomniął, że zgodnie z opz oczekuje on dostawy odpowiednio:

Tramwaju średniego o długości 22 – 25 m z określoną pojemnością znamionową,

Tramwaju długiego od długości 30 – 32 m z określoną pojemnością znamionową.

Zamawiający wskazał, że kwestia warunków technicznych dla tramwajów reguluje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2011 r., Nr. 65, poz. 344), które określają dopuszczalną ilość miejsc w tramwaju zgodnie z warunkiem określonym w § 23 pkt 14 która została określona jako suma liczby miejsc do siedzenia i do stania, przy założeniu, że 0,2 m² powierzchni przypada na jedną osobę stojącą; przy czym do obliczenia przyjmuje się powierzchnię dostępną dla osób stojących.

Tym samym pojemność znamionowa tramwaju jest m.in. uzależniona od jego długości i szerokości. W ocenie zamawiającego uwzględniając wymagania normatywne rozporządzenia, nie jest możliwe osiągnięcie wymaganej przez zamawiającego pojemności znamionowej tramwajów, a jeżeli nawet byłoby to możliwe, co jak podkreśla zamawiający nie zostało wykazane przez wykonawcę, to takie ograniczenie długości tramwaju przy zachowaniu tej samej pojemności znamionowej odbyłoby się z ograniczeniem komfortu pasażera a tym samym z naruszeniem jednego z celów projektu, którym jest zwiększenie komfortu pasażerów oraz zachęcenie ich do korzystania z transportu tramwajowego /elektromobilności/.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1, 2, art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez określenie maksymalnej długości tramwaju średniego (22-25 m) zamawiający podkreśla, wbrew twierdzeniom odwołującego, że zużycie energii na cele trakcyjne ma dla niego znaczenie, na co wskazał w opz wpisując wymóg niskiego jednostkowego zużycia energii elektrycznej i małych kosztach utrzymania bieżącego.

Podkreślił, że świadomie, biorąc pod uwagę zakładaną pojemność tramwajów, ich funkcjonalność i wymagania z rozporządzenia w zakresie normatywów ich budowy, a w tym powierzchni przypadającej na jednego pasażera przekładające się na racjonalne zagospodarowanie powierzchni tramwaju jak również wymagań w zakresie skrajni kinematycznej i skrajni budowli (PN-K-92008:1998 i PN-K-92009:1998) ograniczył dopuszczalne gabaryty i połączył optymalność zużycia energii, ich funkcjonalność i wydatkowanie środków finansowych. Powyższe wynikało z wiedzy zamawiającego, że wzrost długości wagonu, a przez to jego wielkość przekłada się na wzrost kosztów wytworzenia, a w konsekwencji cenę zakupu jak i zużycie eksploatacyjne infrastruktury liniowej. Zamawiający bazując na swoich wieloletnich doświadczeniach eksploatacji wagonów niskopodłogowych o długości 24 m i pojemności 164 osób nie musi tak jak to próbuje sugerować odwołujący łączyć uzyskania z góry założonych parametrów funkcjonalno-użytkowych i efektów z koniecznością ich oceniania w formie kryteriów oceny ofert. Wymóg postawiony w opz tramwajom, jako tramwajom o niskim zużyciu energii może zostać spełniony właśnie przez określenie długości maksymalnej tramwaju wynikającej z oczekiwań zamawiającego co do jego pojemności znamionowej. Jest niezasadne technicznie, funkcjonalnie i ekonomicznie żądanie zmiany długości tramwaju z 25 m na 29 m skutkujące wzrostem ceny zakupu i kosztów życia produktu.

Zużycie energii elektrycznej na cele trakcyjne ma priorytetowe znaczenie dla zamawiającego, który w 2012 roku dokonał zakupu specjalistycznych urządzeń, które

prowadzą stały i nieprzerwany monitoring zużycia energii na cele trakcyjne dla każdego typu posiadanego taboru na całej sieci.

Ponadto zamawiający wskazuje, że zamówienie określonej długości tramwajów poza zapewnieniem prawidłowej realizacji celów przewozowych podyktowane jest możliwościami w zakresie zaplecza technicznego dla posiadanego taboru. Zamawiający posiada zaplecze techniczne w dwóch rejonach dla tramwajów o długości maks. 32 m, a dwóch pozostałych zaplecze techniczne dostosowane zostało do tramwajów o maksymalnej długości 24 – 25 m. Tym samym zamówienie 27 tramwajów o długości dłuższej niż zakładana w siwz maksymalna długość 25 m skutkowałoby ograniczeniem możliwości wykorzystania zaplecza wyłącznie do tramwajów krótkich.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymogów dot. wózków napędowych i tocznych zamawiający wskazuje, że w odwołaniu kwestionowany jest zapis siwz określający wymóg zastosowania w obu typach tramwajów obrotowych wózków napędowych o obrotowych osiach klasycznych wskazując, że są rozwiązania stosowane w przeszłości obecnie nie stosowane. Zamawiający stwierdza, że rozwiązania oczekiwane w tym zakresie stosowane są z powodzeniem w sposób nieprzerwany w trakcji tramwajowej u wielu przewoźników w Europie, w tym w Polsce.

Stwierdza, że rozwiązania tego typu przeżywają swój renesans wypierając rozwiązania zamienne. Jak potwierdziła praktyka odstępstwo od klasycznych rozwiązań skutkuje przyspieszonym zużyciem nawierzchni stalowej infrastruktury liniowej jak i obręczy kół tramwajowych. Skrętne wózki są wręcz wymagane dla zachowania wymaganego kąta nabiegu koła na szynę wszędzie tam, gdzie geometria torowisk wymusza łuki o małych promieniach. Klasyczne wózki napędowe są wyposażone w elementy elastyczne tłumiące drgania i wpływające na komfort pasażerów, w niczym nieustępujące, a nawet przewyższając inne konstrukcje wózków. Wózki obrotowe zwane klasycznymi, jako jedyne umożliwiają montaż napędu tramwaju tj. silnika wraz z przekładnią w ich wnętrzu, pozwalając, jak to potwierdza kilkunastoletnie doświadczenie zamawiającego eksploatować bezawaryjnie ten ważny węzeł konstrukcyjny, a który cechuje się około milionowym bezawaryjnym przebiegiem w eksploatowanych w spółce wagonach.

Ponadto montaż napędu tramwaju tj. silnika wraz z przekładnią we wnętrzu wózka podyktowane jest również zabezpieczeniem napędu przed uszkodzeniem w trakcie kolizji lub wypadków drogowych. Zamawiający wskazuje, iż ilość zdarzeń z innymi użytkownikami ruchu drogowego statystycznie wynosi ok. 500 rocznie, tym samym zastosowanie, tak jak chciałby odwołujący, napędu na zewnątrz ramy wózka skutkowałoby zwiększeniem podatności układu napędowego na uszkodzenie w czasie kolizji i wypadków, a w

konsekwencji zwiększyło koszt użytkowania tramwajów, jak również wiązałoby się z częstym wyłączeniem tramwajów z eksploatacji w związku z koniecznością prowadzenia napraw.

Wózek to podzespół, którego konstrukcja ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo ruchu i funkcjonowanie układu pojazd-tor oraz na zużycie kół będące podstawowym parametrem pozwalającym na określenie trwałości cząstkowej tramwaju i właściwy dobór procesów eksploatacyjnych zapewniając tym samym prawidłowy przebieg eksploatacji. Z badań eksploatacyjnych wynika, że intensywność zużycia obręczy limituje długość interwału obsługowo-naprawczego obejmującego reprofilację obręczy kół tramwaju.

Zalety eksploatacyjne klasycznych wózków obrotowych, stawiające je wyżej w stosunku do rozwiązań alternatywnych, potwierdzone praktyką jak i rozważaniami teoretycznymi spowodowały, iż są wymagane w obecnie w zamawianych tramwajach przeznaczonych do P., K., C.(2), W., E., L., M., K.(2).

Wymóg zastosowania wózków obrotowych w wagonach jest konsekwentnie przyjętym rozwiązaniem zamawiającego stosowanym w nabywanych środkach transportu. Wymóg taki stosował w poprzednich postępowaniach.

Zamawiający podkreśla, że rozwiązania oparte o klasyczne wózki skrętne nigdy przez żaden autorytet trakcji tramwajowej i kolejowej nie zostały ocenione jako przestarzałe i mogące być zastąpione rozwiązaniami innymi, nowymi z równie dobrymi efektami techniczno-eksploatacyjnymi. Na poparcie wskazał publikację Bartosza Firlika i Bartosza Czechyry pt. „Konsekwencje polityki taborowej w aspekcie prowadzonych prac badawczych pojazdów i infrastruktury tramwajowej” przedstawioną na konferencji w kwietniu 2016 r. dot. polityki taborowej.

W konsekwencji zamawiający stwierdza, że po pierwsze wymóg zastosowania wózków obrotowych podyktowany został warunkami infrastruktury i koniecznością zabezpieczenia jej prawidłowej eksploatacji oraz w celu zapewnienia optymalnej współpracy wózka z torem. Po drugie zastosowanie tego wymogu nie narusza zasad uczciwej konkurencji, gdyż na rynku funkcjonują podmioty zdolne wykonać zamówienie, a ich ilość zapewnia uczciwą konkurencję między wykonawcami funkcjonującymi na polskim i europejskim rynku.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: S. P. sp. z o.o. z siedzibą w S., M. P. sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz P. S. P. B. S.A. z siedzibą w B. wnosząc o oddalenie odwołania.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili w toku rozprawy stanowiska

Odwołujący stwierdził, że kwestionowane parametry nie są obiektywnie uzasadnione i naruszają zasady uczciwej konkurencji. Również wymagania techniczne nie są uzasadnione

celem funkcjonalnym. Ocenia, że Zamawiający nie dysponuje wystarczającą wiedzą o rynku konkurencyjnym i rozwiązaniach technicznych, możliwych od uzyskania. Odnośnie rozmiaru pojazdu, wskazuje na normę, określającą przestrzeń pasażerską i obliczenie tych wielkości, w zależności od tego, czy pojazd jest całkowicie niskopodłogowy, czy też zawiera przestrzenie wysokopodłogowe i przejścia między nimi. Stwierdza, że opracowanym przez niego rozwiązaniem jest pojazd oparty na centralnie usytuowanym wózku i modulem podstawowym długości 9 m. Pojazd jest całkowicie niskopodłogowy, a jego długość jest krotnością wymiaru 9 m. Wskazał na walory szeregu parametrów opisywanego rozwiązania, w tym niska masa, niskie zużycie energii, niski hałas, komfort jazdy. Stwierdził, że Zamawiający nie wskazał uzasadnienia dla żądanych w OPZ długości tramwajów. Zauważył, że obecnie Zamawiający eksploatuje także pojazdy dłuższe.

Podkreślił, że w OPZ opisano klasyczny wózek i nie uwzględniono innych nowoczesnych rozwiązań, w tym takich, których silniki można umieścić na zewnątrz wózka. Podkreślił walory nowoczesnych układów napędowych i ich wpływ na żywotność kół oraz szyn. Przypomniał negatywne następstwa stosowania osi sztywnych (klasycznych). Opisał funkcjonalność przyjętego przez siebie rozwiązania, w tym niższe koszty serwisu i napraw i znacznie wydłużone okresy między przeglądowe, a także łatwiejszy dostęp do silnika i rzadsze naprawy torowisk. Zauważył, że proponowane przez niego rozwiązanie nie ogranicza możliwości złożenia ofert przez innych wykonawców.

Zauważył, że podawane przykłady z innych postępowań, nie mają wpływu na ocenę w sprawie, czy naruszono art. 29 i art. 7 PZP. Negował walor dowodowy dokumentów, złożonych przez Zamawiającego, jako niemających związku z zarzutami odwołania. Oceniał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w oparciu o własne przyzwyczajenie. Podkreślił, że nie jest w stanie złożyć oferty na obecnych warunkach. Zauważył, że w folderach jego produktów potwierdzone są deklarowane parametry długości, a zatem niespełniające wymagań specyfikacji. Na poparcie stanowiska cytował fragmenty opinii, złożonej przez Zamawiającego. Zauważył, że w zestawieniu zużycia energii nie uwzględniono istotnego elementu masy pojazdu, a wskazano jedynie trzy różne długości. Stwierdził, że proponowane przez niego zmiany poszerzą krąg wykonawców, mogących złożyć ofertę Zamawiającemu. Złożone przez P. zestawienia ocenia jako niereprezentatywne. Uznaje, że ocena specyfikacji, dokonana przez instytucję finansującą, dotyczyła aspektów ekonomicznych przedsięwzięcia, a nie technicznych, w szczególności objętych zarzutami odwołania. Podkreśla rozwojowy aspekt przyjmowania przez Zamawiających nowych rozwiązań i nowych technologii.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał argumenty przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że Odwołujący nie wykazał naruszenia, przez postanowienia SIWZ, zasady konkurencji. Zauważył, że co najmniej trzech wykonawców jest zdolnych złożyć ofertę i ocenia, że także Odwołujący jest w stanie zaprojektować i wykonać tramwaje, zgodnie z opisem specyfikacji. Złożył wydruki z fotografiami, ze stron Odwołującego. Stwierdził, że OPZ sporządzono zgodnie z rzeczywistymi potrzebami, po dokonaniu ich analiz. Złożył zestawienie zużycia energii, w związku z długością tramwaju (3 pozycje). Odnośnie wózka, wskazał na argumentację w pkt 2.3 pisma. Złożył także pisemną opinię prywatną, dotyczącą rozwiązania technicznego, proponowanego przez Odwołującego. Przedstawił dwa zestawienia, pod nazwą kolizje oraz wypadki, wskazując, że wiele z nich to zdarzenia z uderzeniem bocznym i uszkodzeniem wózka, bez uszkodzenia silnika, umieszczonego głębiej. Stwierdził, że zastosowanie nowych rozwiązań technicznych powoduje wzrost kosztów eksploatacji, napraw i potrzeby dokonania zmian w infrastrukturze. Wskazał na obszar swojego działania i znajomość rynku właściwego. Podkreślił planowane oszczędności zużycia energii elektrycznej, zależne od długości eksploatowanego pojazdu. Podkreślił zalety wózków obrotowych (klasycznych, skrętnych), w tym w ruchu w ciasnych łukach. Na potwierdzenie cytował opracowania (jak w odpowiedzi na odwołanie). Wskazał na zainteresowanie oczekiwanym rozwiązaniem u wielu przewoźników, w tym, poza wskazanymi w piśmie, także w W., E., L. i M. Wskazał na źródło finansowania zamówienia i pozytywną ocenę specyfikacji dokonaną przez instytucję finansującą. Przypomniał przedmiot sporu, którym są warunki OPZ, a nie prezentacja własnego produktu przez Odwołującego. Oceniał, że Odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutów. Stwierdził, że Odwołujący zmierza do zmiany przedmiotu zamówienia przez zunifikowanie dostaw do tramwajów jednej długości.

Przystępujący M. podzielił stanowisko Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania i zauważył, że Zamawiający ma prawo opisać swoje uzasadnione potrzeby, co wykazał w toku postępowania.

Przystępujący S. podzielił stanowisko Zamawiającego. Zauważył, że inni Zamawiający również stawiają wymogi określonej długości pojazdów. Złożył na tę okoliczność przykładowe wyciągi specyfikacji. Stwierdził, że Odwołujący oczekuje od Zamawiającego zunifikowania długości tramwaju, podczas gdy przedmiotem zamówienia są tramwaje o dwóch długościach (średnie i długie). Złożył wyciągi z dokumentów z postępowań, w których żądano analogicznego rozwiązania w zakresie wózków, a także artykuły prasowe na ten

temat. Podkreślił, wskazane wcześniej, zalety wózka klasycznego, a także bezpieczeństwo na zakrętach.

Przystępujący P. podzielił stanowisko Zamawiającego. Złożył dwie tabele, to jest zestawienie postępowań z wymogiem dotyczącym wózków skrętnych (lata 2000-2016) oraz zestawienie parametrów długości i pojemności tramwajów, zauważając, że takie parametry mają znaczenie dla wielu Zamawiających. Wskazał na ryzyko wyższych kosztów eksploatacji i napraw, przy rozwiązaniu, proponowanym przez Odwołującego. Zauważyła jednak, iż każde, z omawianych rozwiązań, ma określone zalety jak i wady.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również stanowiska stron i przystępujących do postępowania odwoławczego, przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Każdy potencjalny wykonawca ma tak rozumiany interes w odniesieniu do postanowień siwz, w tym opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego zarzuty odwołania nie zostały udowodnione, a tym samym nie potwierdziły się.

W szczególności z treści odwołania nie wynika na czym, w ocenie odwołującego polega naruszenie konkurencji, poza podkreśleniem w tej treści, iż zakwestionowane zapisy siwz uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty na dostawę tramwajów spełniających postawione w specyfikacji wymagania.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO naruszenie zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 29 ust. 2 ustawy pzp ma miejsce wtedy, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu. Jest przy tym

naturalne, że niemal każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji polegające na niemożności złożenia oferty przez potencjalnie zainteresowanego wykonawcę z uwagi na niedysponowanie określoną technologią, wymaganym doświadczeniem itp. To jednak nie musi oznaczać, że doszło do naruszenia zasady z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Należy zauważyć, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przez zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania, pożądanego przedmiotu zamówienia opisanego zgodnie z zasadami ustawy z uwzględnieniem uzasadnionych racjonalnych potrzeb zamawiającego.

Ponadto należy przypomnieć, że w przypadku podniesienia przez odwołującego zarzutu naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji przez niezgodne z tą zasadą opisanie przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy zgodnie z art. 6 kc. spoczywa ciężar dowodu, iż naruszenie zasady uczciwej konkurencji nastąpiło.

Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, że do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie zamawiającego trzech producentów, natomiast żaden nie zdecydował się na przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego, co może wskazywać, że jedynie odwołujący jest zainteresowany zmianą opisu przedmiotu zamówienia.

Izba zauważyła i uznaje za wiarygodne dowody, iż kwestionowane przez odwołującego parametry w postaci wymaganej długości tramwaju i konstrukcji tramwaju opartej na wózkach klasycznych (obrotowych) są w szeregu postępowań na analogiczny przedmiot zamówienia stosowane. Uzasadnienie zamawiającego wskazujące na elementy ekonomiczne (koszty obsługi, koszty napraw, infrastruktura, koszt eksploatacji pojazdu zróżnicowany w zależności od jego długości), jak i techniczne, zasługuje na uwzględnienie. Gdyby nawet hipotetycznie przyjąć tezę, że zamawiający nie jest zainteresowany nowymi technologiami konstrukcji i napędu tramwaju, a preferuje rozwiązania znane, nie stanowiłoby to naruszenia zasady konkurencji. W istocie jednak spór o wyższości jednych rozwiązań nad innymi pozostaje nierozstrzygnięty, a zamawiający wykazał, że opisane przez niego potrzeby są uzasadnione.

W konsekwencji w ocenie Izby postawione i będące przedmiotem zarzutów odwołania wymogi, nie powinny być ocenione jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: