

WYROK
z dnia 31 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 24 i 30 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2016 r. przez Odwołującego – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Województwo Zachodniopomorskie, przy udziale wykonawców:

1. NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu,
2. Stadler Polska sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu (kwalifikacje techniczne) w taki sposób, aby podstawą weryfikacji wiedzy i doświadczenia wykonawcy nie była dostawa pojazdów posiadających zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z technicznymi specyfikacjami interoperacyjności (TSI) lub innego równoważnego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI – dokument obowiązujący w innym kraju.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 21.254,02 zł (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy dwieście pięćdziesiąt cztery złote 02/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Województwo Zachodniopomorskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie i dostawa 17 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi regionalnego kolejowego ruchu pasażerskiego zwanych dalej (EZT) z możliwością wykorzystania prawa opcji dotyczącym zamówienia dodatkowo do 10 elektrycznych zespołów trakcyjnych w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością złożenia zamówienia uzupełniającego, stanowiącego nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego” (znak sprawy: WOIRZL.tL272.8.2016.DP), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 075-131262. Zmiana treści Ogłoszenia została opublikowana w dniu 2 maja 2016 r. pod nr 2016/S 086-152196.

W dniu 9 maja 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wobec zmiany treści Ogłoszenia i postanowień SIWZ, w którym wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „Odwołujący”) zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 i 4 oraz ust. 5 zd. pierwsze w zw. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 18 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (dalej: „Dyrektywa”) przez opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, tj. przez żądanie wykazania przez wykonawcę, że wykonał należycie dostawę co najmniej trzech elektrycznych zespołów trakcyjnych, posiadających zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z Technicznymi Specyfikacjami Interoperacyjności (dalej: „TSI”) lub inne równoważne zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI, dokument obowiązujący w innym kraju.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany treści Ogłoszenia przez zmianę pkt III.2.1 ust. 1 pkt 2) na następującą:

„[...]posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykazanie, że wykonawca dostarczył w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej trzy elektryczne zespoły trakcyjne, o wartości nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto każdy zespół trakcyjny.

Warunek zostanie uznany za spełniony niezależnie od tego, czy dostarczenie wymaganej liczby elektrycznych zespołów trakcyjnych nastąpiło w ramach jednej umowy, czy też większej liczby umów.[...]”.

2. dokonania zmiany SIWZ przez nadanie pkt VIII ust. 1 pkt. 2) SIWZ następującej treści:

„[...]posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykazanie, że wykonawca dostarczył w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej trzy elektryczne zespoły trakcyjne, o wartości nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto każdy zespół trakcyjny.

Warunek zostanie uznany za spełniony niezależnie od tego, czy dostarczenie wymaganej liczby elektrycznych zespołów trakcyjnych nastąpiło w ramach jednej umowy, czy też większej liczby umów.[...]”.

Odwołujący wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub złożonych podczas rozprawy na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

Odwołujący stwierdził, że jest przedsiębiorcą działającym na rynku produkcji pojazdów szynowych i chciałby przedstawić Zamawiającemu konkurencyjną ofertę, a w konsekwencji dążyć do uzyskania zamówienia, zatem ma interes w złożeniu odwołania. Warunek udziału w Postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego w wyniku dokonanej zmiany SIWZ oraz Ogłoszenia znacząco ograniczają konkurencję, co powoduje, że złożenie przez Odwołującego prawidłowej oferty i zaoferowanie produkowanych przez Odwołującego pojazdów zostało w zasadzie uniemożliwione. Odwołujący nie może zatem ubiegać się na równi z innymi wykonawcami o udzielenie zamówienia. Tym samym Odwołujący się został narażony na szkodę, polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zaskarżona zmiana Ogłoszenia i SIWZ spowodowała wadliwie oraz naruszające Pzp sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający wymaga bowiem, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał się dostawą co najmniej trzech elektrycznych zespołów trakcyjnych o wartości co najmniej 15.000.000,00 zł brutto, posiadających zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI lub inny równoważny zezwoleniu na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI, dokument obowiązujący w innym kraju UE.

W ocenie Odwołującego ww. wymóg należy uznać za nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem nadmiernym w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców. Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Zamawiający wymaga posiadania przez wykonawców doświadczenia w dostawie pojazdów posiadających zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI. Zezwolenie takie jest wydawane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U.2015.1297), zwanej dalej „Ustawą”.

Zgodnie z art. 23b tej Ustawy, pojazdy kolejowe przeznaczone do eksploatacji dzieli się na pojazdy, które są zgodne, bądź niezgodne z TSI obowiązującymi w dniu wydania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji tych pojazdów.

Poza zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji, przepisy przejściowe Ustawy przewidują możliwość dopuszczenia do eksploatacji pojazdu kolejowego na podstawie

świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz deklaracji zgodności z dopuszczonym typem. W odniesieniu do przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga dostarczenia pojazdu posiadającego dokument dopuszczenia do eksploatacji obowiązujący w momencie dostawy, natomiast w odniesieniu do doświadczenia wymaga wykazania się dostawą pojazdów posiadających dokument dopuszczenia, który w okresie trzech lat poprzedzających złożenie oferty nie był jedynym dokumentem, na podstawie którego możliwe było, zgodnie z Ustawą, dopuszczenie pojazdu kolejowego do eksploatacji.

Odwołujący wyjaśnił, że TSI to ogłaszane przez Komisję Europejską szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne, procedury i metody oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi interoperacyjności kolei. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym i w związku z okresem przejściowym dotyczącym stosowania TSI, w przypadku dotychczasowych realizowanych dostaw pojazdów dla uzyskania dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego nie było niezbędne zapewnienie pełnej zgodności z TSI. Możliwe było dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego jako niezgodnego z TSI w oparciu o tzw. odstępstwa przewidziane w poszczególnych TSI, np. w przypadku umów podpisanych przed wejściem w życie danych TSI lub w przypadku projektów rozpoczętych przed wejściem w życie danych TSI. Tryb dopuszczenia pojazdu kolejowego jako zgodnego z TSI będzie obowiązkowy dopiero od dnia 1 czerwca 2017 r., zgodnie z art. 8 Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 1302/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności odnoszącej się do podsystemu „Tabor – lokomotywy i tabor pasażerski” systemu kolei w Unii Europejskiej, ponieważ w dniu 31 maja 2017 r. upływa okres przejściowy wskazany w tym rozporządzeniu. Upływ tego okresu oznacza brak możliwości powołania się na przesłanki umożliwiające zwolnienie ze spełnienia wymogów zawartych w poszczególnych TSI.

W ocenie Odwołującego na szczególną uwagę zasługuje fakt, że uzyskanie dopuszczenia pojazdu kolejowego do eksploatacji w trybie pojazdu niezgodnego z TSI nie przesądza o tym, że pojazd ten faktycznie jest z TSI niezgodny. Wskazuje tylko na tryb, w którym uzyskano dopuszczenie. Mając na uwadze powyższe, uzyskanie dopuszczenia pojazdu kolejowego w innym niż wymagany przez Zamawiającego trybie, przewidzianym obowiązującymi przepisami nie przesądza, że dany producent pojazdu kolejowego nie posiada wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia.

Jednocześnie nie można stwierdzić, że posiadanie doświadczenia w zakresie dostawy pojazdów posiadających zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub dokument równoważny przesądza, że dany wykonawca dysponuje niezbędną wiedzą i doświadczeniem, ponieważ z uwagi na zmiany stanu

prawnego i wejście w życie nowych TSI z dniem 1 stycznia 2015 r., pojazdy, których dostawa stanowi przedmiot zamówienia będą musiały spełniać inne normy, niż pojazdy referencyjne.

Zdaniem Odwołującego proporcjonalność odnosząca się do warunku została naruszona również przez nieuprawnione zawężenie rozumienia „równoważności”. Opis równoważności nie powinien w sposób nieuzasadniony ograniczać konkurencji, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Równoważność powinna być postrzegana przez pryzmat celu, jaki pozwala osiągnąć, czyli dopuszczenie pojazdu kolejowego do eksploatacji na podstawie obowiązujących przepisów. Cel taki w okresie 3 lat poprzedzających złożenie oferty (zdobywania wiedzy i doświadczenia) pozwalało osiągnąć nie tylko zezwolenie dla pojazdu zgodnego z TSI, ale również zezwolenie dla pojazdu niezgodnego z TSI, czy świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego.

Aktualnie na polskim rynku dostaw pojazdów szynowych istnieje tylko jeden podmiot spełniający sformułowany przez Zamawiającego wymóg wiedzy i doświadczenia. Z wykazu zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji pojazdów kolejowych, zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu Transportu Kolejowego wynika ponadto, że zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji elektrycznego zespołu trakcyjnego zgodnego z TSI uzyskały dwa podmioty:

1. Stadler Polska sp. z o.o. dla pojazdu serii Flirt typu L-4268 oraz dla pojazdu typu Flirt 3 serii ED160,
2. ALSTOM FERROVIARIA S.P.A. dla pojazdu dużych prędkości typu EMU250PKP (ED250).

Pierwszy z ww. podmiotów wykonał dostawę pojazdów posiadających zezwolenie dla pojazdu niezgodnego z TSI, a zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI przedstawił już po dostawie pojazdów.

1. pierwszy i ostatni pojazd serii Flirt typu L-4268 uzyskał zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego niezgodnego z TSI odpowiednio w dniach: 6 czerwca 2014 r. i 28 stycznia 2015 r.; przedmiotowe zezwolenia już wygasły; dostawy pojazdów były realizowane w 2014 r.,
2. pojazdy serii Flirt typu L-4268 uzyskały zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI w dniu 20 listopada 2015 r., tj. ponad rok po zakończeniu dostawy pojazdów,
3. pierwszy i ostatni pojazd typu Flirt 3 serii ED160 uzyskał zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego niezgodnego z TSI odpowiednio w dniach: 30 października 2015 r. i 27 listopada 2015 r., przedmiotowe zezwolenia

już wygasły; dostawy pojazdów była realizowane w listopadzie i grudniu 2015 r. i zostały zakończone w dniu 11 grudnia 2015 r.,

4. pojazdy typu Flirt 3 serii ED160 uzyskały zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI w dniu 23 grudnia 2015 r., czyli również po dostawie pojazdów.

Drugi podmiot uzyskał zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji elektrycznego zespołu trakcyjnego zgodnego z TSI dla pojazdu ED250, jednak jest to pojazd dużych prędkości o charakterystyce dalekiej od pojazdów do obsługi ruchu regionalnego, których dostawa jest przedmiotem zamówienia. Producent tego pojazdu, spółka Alstom, od 2010 r. nie złożył żadnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rynku polskim, dlatego można uznać, że nie jest już uczestnikiem rynku właściwego.

Z doświadczenia wynika, że postępowaniami, których przedmiotem jest niewielka liczba pojazdów (poniżej 20 sztuk) nie są zainteresowane podmioty zagraniczne, co oznacza, że w Postępowaniu będą brali udział trzej producenci krajowi. Z tego względu, na właściwym rynku tylko jeden podmiot legitymuje się wymaganym doświadczeniem polegającym na dostawie pojazdu posiadającym zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, co świadczy o nieuprawnionym ograniczeniu konkurencji, a tym samym o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp. Zagrożenie takie może zostać usunięte przez ustanowienie warunku udziału w Postępowaniu o treści takiej, jak w żądaniu odwołania.

Odwołujący podkreślił, że przedstawiony powyżej wywód ograniczony został do rynku polskiego, który w niniejszej sprawie jest rynkiem właściwym dla oceny ograniczenia konkurencji. Zgodnie z Obwieszczeniem Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03), właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne, oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią. Natomiast właściwy rynek asortymentowy składa się z wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie. Połączenie tych dwóch rynków i wykładnia powstałej definicji prowadzi do wniosku, że warunki panujące na polskim rynku dostaw pojazdów kolejowych mogą być odróżnione od rynku obszarów sąsiadujących z uwagi na właściwości i ceny pojazdów, a także z uwagi na aktywną działalność konkretnych podmiotów na tym rynku.

Dodatkowe wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawcy, kwestionowane w odwołaniu, naruszają art. 22 ust. 4 Pzp z uwagi na niezachowanie zasady proporcjonalności do przedmiotu zamówienia.

Proporcjonalność oznacza, że wywodzone z przedmiotu zamówienia wymagania muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności zamówienia lub warunkami jego realizacji. Stawiane wymagania nie mogą przy tym ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy obiektywnie zdolni są do jego wykonania w sposób należyty.

W przedmiotowym przypadku wystarczającą rękojmię należytego wykonania zamówienia daje wykonawca, który zrealizował dostawę trzech elektrycznych zespołów trakcyjnych o wartości nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto każdy dopuszczonych do eksploatacji w co najmniej jednym państwie członkowskim Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi przepisami, a zastosowanie dodatkowych wymogów nie stanowi w tej sprawie właściwego miernika oceny, czy dany wykonawca jest zdolny do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

Na wstępie podkreślił, że kwestionowany warunek odpowiada wymaganiom wynikającym z art. 22 Pzp.

Wyjaśnił, że przedmiotem Postępowania są pojazdy posiadające zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI. Warunek ten gwarantuje, że wybrany wykonawca wykona w sposób prawidłowy dostawę pojazdu posiadającego zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI. Co istotne, treść warunku maksymalnie poszerza grono potencjalnych wykonawców, dopuszczając wykazanie się dostawą dowolnego elektrycznego zespołu trakcyjnego. Mimo, że zamówienie dotyczy pojazdów trzy- i czteroczłonowych, Zamawiający nie określił ilu członowy ma być pojazd wskazany w doświadczeniu (np. dwu-, trzy, cztero-, pięcio-, sześćo-, czy ośmioczłonowy). Podobnie Zamawiający nie określił, czy pojazd dedykowany był przewozom regionalnym czy innym. Ponadto, postawiony wykonawcom wymóg należy uznać za niewygórowany, na co wskazuje m.in. liczba pojazdów jakimi ma się legitymować wykonawca. Zamawiający wymaga bowiem wykazania się dostawą 3 pojazdów, co odpowiada 17,6% ilości pojazdów z zamówienia podstawowego lub 11,1% w przypadku zamówienia z pełnym wykorzystaniem prawa opcji. Wymóg jest proporcjonalny, ponieważ wymaga się, by wykonawca wykazał się uzyskaniem dla pojazdów referencyjnych takiego samego dokumentu jakiego wymaga dla pojazdów stanowiących przedmiot dostawy,

tj. zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI (lub równoważnego, wydanego w innym kraju UE).

Zamawiający podkreślił, że przy konstruowaniu kwestionowanego warunku wziął pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby, które wynikają przede wszystkim z przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U.2015.1440 j.t. ze zm.). W myśl przepisu art. 7 ust. 1 pkt 5 w zw. z ust. 3 przywołanego aktu normatywnego, samorząd województwa jest organizatorem publicznego transportu zbiorowego w województwie, a także w razie właściwego położenia geograficznego – również w strefie transgranicznej. W Województwie Zachodniopomorskim sąsiadującym bezpośrednio z Republiką Federalną Niemiec transport zbiorowy docelowo ma być wykonywany elektrycznymi zespołami trakcyjnymi będącymi przedmiotem zamówienia. Mając na uwadze 30-40 letnią żywotność zamawianego taboru Zamawiający planuje by w przyszłości pozwolił on zachować ciągłość przewozów organizowanych przez województwo w obszarze, w którym w sposób szczególny będzie koncentrował się ruch w ujęciu nie tylko krajowym, ale również transgranicznym (stałe połączenia pasażerskie z Brandenburgią i Berlinem oraz z Meklemburgią Pomorzem Przednim, ruch towarowy tranzytowy jak i generowany m.in. przez porty). Pełna zgodność taboru z TSI zapewni zatem nieprzerwaną realizację przez województwo zadania własnego w zakresie transportu publicznego na liniach uzyskujących status linii zgodnych z TSI (na których będą musiały współistnieć z pojazdami spełniającymi TSI, które w ramach jednolitego rynku będą wjeżdżały z innych krajów UE), ale również możliwość wjazdu EZT na terytorium Niemiec.

Zdaniem Zamawiającego tylko wykonawca posiadający doświadczenie w produkcji i certyfikacji elektrycznych zespołów trakcyjnych w pełni zgodnych z TSI da rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. W ocenie Zamawiającego proces certyfikacji i uzyskiwania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI jest skomplikowany, a jednocześnie jest kluczowym elementem realizacji zamówienia na dostawę taboru.

Zamawiający oświadczył, że treść warunku wynikała z analizy rynku dostawców krajowych i zagranicznych. Przygotowując Postępowanie Zamawiający analizował dotychczas prowadzone procedury i na bazie tej analizy doszedł do wniosku, że wszyscy krajowi producenci taboru będą w stanie wylegitymować się opisanym doświadczeniem. Analizą zostały także objęte produkty Odwołującego, który w swojej dotychczasowej karierze uczestniczył m.in. w postępowaniu przetargowym organizowanym przez PKP Intercity S.A., która w dniu 23 sierpnia 2013 r. ogłosiła przetarg na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania. Z opisu przedmiotu zamówienia

w przywołanym postępowaniu (str. 28 i 29 załącznika nr 1 do SIWZ) wynika, że dostarczane pojazdy miały być zgodne z TSI. Zamawiający podał, że w dniu 19 lutego 2014 r. postępowanie to zostało rozstrzygnięte, umowa jest realizowana (zrealizowana), więc w ocenie Zamawiającego miał on wszelkie podstawy do tego by przyjąć, że postawiony warunek udziału w Postępowaniu może być spełniony także przez Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego dostawa taboru certyfikowanego normami TSI nie jest zamówieniem typowym, gdyż tabor w pełni zgodny z TSI w sposób istotny różni się od taboru który takiej zgodności nie posiada i w konsekwencji nie będzie mógł być w przyszłości eksploatowany na całej docelowej sieci kolejowej. Zamawiający podkreślił, że nie wymaga doświadczeń zbliżonych do przedmiotu zamówienia, ale doświadczeń bezpośrednio z nim związanych, gdyż tylko takie doświadczenie jest w stanie zagwarantować osiągnięcie celu Postępowania.

Zamawiający podał, że nie jest tak jak twierdzi Odwołujący, że uzyskanie dopuszczenia pojazdu kolejowego do eksploatacji w trybie pojazdu niezgodnego z TSI nie przesądza o tym, że pojazd ten faktycznie jest niezgodny z TSI, zaś różnice w uzyskaniu tych dwóch różnych zezwoleń sprowadzają się wyłącznie do różnic proceduralnych.

Wyjaśnił, że zagadnienie uzyskiwania zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji regulują przepisy Ustawy. Bardzo czytelna interpretacja tych przepisów została wydana przez Prezesa UTK i udostępniona do wiadomości powszechnej. W informacji tej podkreśla się, że proces uzyskiwania zezwolenia na eksploatację w trybie zgodnym z TSI jest immanentnie związane z procesem produkcji już od etapu podejmowania decyzji o produkcji. Urząd wskazuje, że uzyskanie zezwolenia jest możliwe jedynie w przypadku prawidłowego postępowania już od etapu podejmowania decyzji o produkcji, z uwzględnieniem charakterystyki technicznej sieci kolejowej. Tym samym zasadne jest stwierdzenie, że specyficznym doświadczeniem jest wyprodukowanie pojazdu posiadającego zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI. Jedynym obiektywnym potwierdzeniem, że wykonawca opanował cały proces dostawy pojazdu zgodnego z TSI, począwszy od planowania jest uzyskanie tożsamego zezwolenia. Wszelkie błędy i uchybienia, szczególnie na najwcześniejszych etapach przygotowania produkcji i projektowania, mogą w sposób trwały uniemożliwić uzyskanie dopuszczenia do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, wykluczając tym samym produkt z eksploatacji w przyszłości na liniach kolejowych zgodnych z TSI (status taki, w miarę postępu modernizacji, będą uzyskiwały kolejne odcinki linii kolejowych włączonych w sieć TEN-T).

Zamawiający zaznaczył, że z ogólnie dostępnych źródeł wynika, że elektryczne zespoły trakcyjne spełniające wymagania zawarte w warunku są produkowane nie tylko na

rynku krajowym, ale także rynku europejskim. Takimi produktami są m.in. elektryczne zespoły trakcyjne produkowane przez firmy Stadler Polska, SKODA VAGONKA, SiemensAG, Alstom, czy Bombardier.

W przekonaniu Zamawiającego poziom konkurencji na rynku danego dobra należy rozpatrywać w odniesieniu do charakteru przedmiotu zakupu. W przypadku zakupu elektrycznych zespołów trakcyjnych rynkiem przez pryzmat którego należy oceniać konkurencję jest rynek europejski, a nie rynek polski. Przywołane w odwołaniu Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji nie jest aktem powszechnie obowiązującym, tzn. nie mieści się w katalogu aktów prawa UE, określonym w przepisie art. 288 TFUE (dawny art. 249 TWE), nie wywołuje zatem skutku bezpośredniego {w przeciwieństwie do np. ujętych w tym katalogu rozporządzeń}. Rynek wewnętrzny został natomiast zdefiniowany wprost w art. 26 ust. 2 TFUE (dawny 14 ust. 2 TWE) i oznacza obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału zgodnie postanowieniami Traktatów. Rynek wewnętrzny pokrywa się z obszarem Unii Europejskiej. Kraje członkowskie w materii zamówień publicznych zobowiązane są do implementowania do prawa wewnętrznego postanowień wynikających z wtórnego prawa UE celem standaryzacji tych postanowień. Standaryzacja przepisów zamówień gwarantuje więc otwartość (powszechną dostępność) postępowań przetargowych dla wszystkich potencjalnych uczestników rynku wewnętrznego. Powszechna dostępność oznacza natomiast, że poszczególni zamawiający z obszaru UE prowadzą postępowania o zamówienia publiczne w formie przetargów nieograniczonych nie na rynku lokalnym właściwym dla swej siedziby, lecz na całym rynku wewnętrznym UE. Z tych względów zaskarżona czynność Zamawiającego jest również kierowana do wszystkich potencjalnych uczestników rynku wewnętrznego. Ocena wpływu czynności Zamawiającego na konkurencję musi odbywać się w wymiarze warunków panujących na rynku ogólnoeuropejskim, a niewyłącznie lokalnym.

Zamawiający wskazał, że kwestię interoperacyjności systemu kolejowego w UE reguluje Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie (Dz.U.UE.L.2008.191.1). Zgodnie z art. 6 ust.1 Dyrektywy, projekty TSI są opracowywane przez Europejską Agencję Kolejnictwa. TSI to szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne, procedury i metody oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi interoperacyjności kolei. TSI zostały podzielone na podsystemy strukturalne: (infrastruktura, energia, sterowanie, tabor) oraz funkcjonalne: (utrzymanie, ruch kolejowy, aplikacje telematyczne dla przewozów pasażerskich i dla przewozów towarowych). Dla każdego z tych podsystemów odpowiednia specyfikacja TSI określa podstawowe

parametry. Komisja Europejska w drodze dyrektyw lub rozporządzeń wprowadza poszczególne TSI do obrotu prawnego. Ze względu na charakter tych aktów, TSI wywołują skutek bezpośredni, co oznacza, że są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach UE.

Wdrażanie TSI ma na celu zapewnienie interoperacyjność transportu kolejowego, czyli możliwość swobodnego poruszania się pociągów w sieciach kolejowych poszczególnych państw UE bez konieczności zatrzymywania się na granicach oraz wymiany lokomotyw lub maszynistów. Techniczne wytyczne ogłaszane przez Komisję Europejską odnoszą się nie do pojazdów i infrastruktury ograniczonej do terytorium danego kraju członkowskiego, a do rynku wspólnotowego. Rynkiem pojazdów zgodnych z TSI nie jest więc rynek krajowy, a rynek wspólnotowy. To właśnie na tym rynku konkurują między sobą producenci taboru kolejowego, a wśród nich Odwołujący, który od lat funkcjonuje dostarczając swoje pojazdy zarówno na rynek wspólnotowy tj. włoski, czeski, niemiecki czy litewski, jak również na rynek poza UE, np. rosyjski, białoruski czy ukraiński.

W ocenie Zamawiającego rynek dostawy pojazdów szynowych nie jest w żaden sposób ograniczony do rynków krajowych, a konkurencji w tej branży nie sposób postrzegać inaczej niż z poziomu rynku europejskiego. Europejski charakter przedmiotowego rynku potwierdza, oprócz uczestnictwa w Postępowaniu Odwołującego i przystępujących, zainteresowanie dokumentacją przetargu ze strony dwóch kolejnych renomowanych producentów europejskich.

W ocenie Zamawiającego dysponowanie powyższą wiedzą uprawniało go do postawienia warunku w zakwestionowanym odwołaniem brzmieniu. Postawiony warunek nie jest taki sam jak w uprzednio prowadzonych postępowaniach, gdyż przedmiot obecnego zamówienia jest technicznie odmienny, tj. musi być w pełni zgodny z normami TSI. W poprzednio prowadzonych procedurach opisy przedmiotów zamówień nie wymagały dostarczenia pojazdów posiadających zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI.

Zamawiający podkreślił, że zadaniem własnym województwa jest organizacja publicznego transportu zbiorowego. Województwo Zachodniopomorskie system przewozów wojewódzkich oparło na sieci przewozów kolejowych, co znalazło odzwierciedlenie w obowiązującym Planie Transportowym Województwa Zachodniopomorskiego. Zakup taboru jest narzędziem wypełniania przez Województwo ustawowych obowiązków jako organizatora publicznego transportu publicznego, również w zakresie wyznaczania standardów realizowanych usług. Województwo Zachodniopomorskie, choć należy do grupy województw o najmniejszych dochodach, jest liderem w zakresie modernizacji taboru

obsługującego przewozy realizowane na jego terenie, nie tylko w ujęciu ilościowym i wartościowym, ale również w zakresie standardów (np. jako pierwsze w Polsce postawiło w zakresie bezpieczeństwa wymóg spełniania przez dostarczany tabor „czterech scenariuszy zderzeniowych”, mimo braku w tamtym czasie takiego wymogu prawnego). Stało się to możliwe dzięki pełnemu wykorzystaniu szans, jakie samorzady otrzymały z jednej strony dzięki możliwości wykorzystania środków unijnych i dodatkowych środków krajowych, uzyskanych w związku z usamorządowieniem Przewozów Regionalnych. Sprawne wykorzystanie i optymalny montaż pozwolił uzyskać efekt synergii, dzięki czemu dziś niemal 70% przewozów wojewódzkich na Pomorzu Zachodnim realizowanych jest nowym lub gruntownie zmodernizowanym taborem. Zakupy planowane w obecnej perspektywie pozwolą zakończyć program wymian taboru pasażerskiego województwa. Zakupy taboru pozwoliły zaoferować pasażerom nową jakość przewozów i najwyższe standardy bezpieczeństwa (znaczna część taboru spełnia cztery scenariusze zderzeniowe). Wyeliminowanie starego, awaryjnego taboru przekłada się nie tylko na wyższą jakość przewozów ale i na ograniczenie kosztów utrzymania. Dzięki temu Województwo mimo ograniczonych środków, utrzymuje od lat stały poziom oferty przewozowej, traktując ją jako element dalekosiężnej polityki w zakresie rozwoju regionu, zmniejszania obszarów wykluczenia społecznego, aktywizacji zawodowej oraz zwiększania atrakcyjności inwestycyjnej regionu. Również sposób realizacji obecnego zamówienia uwzględnia zmiany, jakie będą zachodziły w nadchodzących latach. Zamówiony tabor pozwoli w sposób nieprzerwany prowadzić przewozy na liniach które uzyskają zgodność z TSI, i w miarę zmiany sytuacji, w sposób płynny planować dalszą politykę taborową.

Zamawiający podkreślił, że Zakup EZT objętych zamówieniem będzie finansowany ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2014-2020, przyjętego przez Komisję Europejską decyzją wykonawczą z dnia 12 lutego 2015 r. do wsparcia z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach celu „Inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia” dla regionu zachodniopomorskiego w Polsce, w tym oś priorytetowa 5 „Zrównoważony transport” z EFRR, zawierająca Działanie 5.6 Zakup i modernizacja taboru kolejowego na potrzeby przewozów regionalnych. Zgodnie z przepisami prawa, znajdującymi odzwierciedlenie w Regulaminie naboru projektów, wydatek kwalifikowany musi być w szczególności zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, zgodny z RPO WZ, efektywny i oszczędny, gwarantujący uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów.

Ustanawiając wymóg przedstawienia doświadczenia w dostawie pojazdów w pełni zgodnych z TSI Zamawiający stwarza warunki konkurencji dla podmiotów, które obiektywnie zweryfikowały umiejętność dostarczenia pojazdu zgodnego z TSI, bez stawiania

wygórowanych, i jednocześnie sprzecznych w opinii Zamawiającego z Pzp, wymogów w zakresie wysokości wnoszonego przez Oferenta zabezpieczenia, które może w przyszłości powodować spory sądowe w przypadku wystąpienia konieczności jego egzekwowania, doprowadzając do poważnych konsekwencji finansowych dla podmiotu realizującego zadania publiczne.

Zamawiający stwierdził, że szczególne ryzyko w postępowaniu obejmuje dwa obszary:

1. Niedostarczenie pojazdów w wymaganych terminach i tym samym niezrealizowanie celu określonego w RPO,
2. Dostarczenie pojazdu niezgodnego z opisem zamówienia (w szczególności nieposiadającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI), co w praktyce oznacza brak możliwości odbioru pojazdu i w konsekwencji niezrealizowanie celów RPO.

W obu przypadkach występuje zagrożenie utraty dofinansowania środkami Unii Europejskiej (oszacowanego na ponad 200 mln zł), co w praktyce oznaczałoby w długiej, trudnej do przewidzenia, perspektywie czasowej brak możliwości zakupu brakującego taboru kolejowego, w konsekwencji znaczący wzrost kosztów zadań publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego, a w rezultacie konieczność znacznego ograniczenia w kolejnych latach organizowanych przewozów ze wszystkimi konsekwencjami społecznymi (rn.in. wzrost wykluczenia społecznego, bezrobocia) i gospodarczymi (zmniejszenie atrakcyjności inwestycyjnej, ograniczenie dostępności rynku pracy itp.).

W ocenie Zamawiającego postawiony warunek jest obiektywną rękojmią dostawy pojazdu w pełni spełniającego wymogi obowiązującego prawa, znajdującego odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ, pozwalając na eksploatację zakupionego taboru w okresie 30-40 lat jego życia. Jest to szczególnie ważne uwzględniając termin osiągnięcia celu pośredniego, przypadający na 31 grudnia 2018 r. Zrealizowanie tego celu wymaga dostarczenia min 17 pojazdów (85% celu). Przy czym osiągnięcie celu wymaga dokonania dostawy, zapłaty, rozliczenia i przeprowadzenia kontroli wykonanej części zadania. Oznacza to w praktyce, że do realizacji celu pośredniego zaliczone zostaną pojazdy dostarczone do końca 3 kwartału 2018 r. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom potencjalnych Wykonawców Zamawiający wydłużył ostateczny termin dostawy pierwszych 3 pojazdów do dnia 31 grudnia 2017 r. Zgodnie z umową, w przypadku gdy opóźnienie w realizacji umowy przekroczy 30 dni, Zamawiający zastrzegł sobie prawo odstąpienia od umowy. Gdyby zaistniała konieczność ponownego przygotowania i rozpisania postępowania

przetargowego, wysoce prawdopodobne jest, że do rozstrzygnięcia i podpisania umowy mogłoby dojść w połowie roku 2018 r. Wykonanie celu pośredniego musiałoby więc nastąpić praktycznie w czasie około 3 miesięcy.

Zamawiający podkreślił, że planuje zlecić realizację zamówienia wykonawcy, który w swojej dotychczasowej karierze zebrał już doświadczenie polegające na wykonaniu pojazdu w pełni zgodnego z TSI. Zaznaczył, że realizowane przez wykonawców zadania pozwalają im zbierać doświadczenia, które następnie wykorzystują przy prowadzeniu coraz większych i bardziej złożonych projektów. Dopiero taki potencjał wiedzy i doświadczenia wykonawcy daje pewność co do tego, że umowa zostanie zrealizowana prawidłowo nie tylko pod kątem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, ale także w założonych terminach. Dopiero wykazanie przez wykonawcę doświadczenia w produkcji pojazdów dopuszczonych do eksploatacji jako zgodne z TSI daje pewność prawidłowej i terminowej realizacji kontraktu, mimo wysokiego stopnia zaawansowania technologicznego.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący próbuje zachowywać się tak jakby pomiędzy pojęciami „wiedza” i „doświadczenie” nie zauważał znaczącej różnicy. Tymczasem uważna analiza treści art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp pozwala dostrzec istotne różnice pomiędzy pojęciem „wiedzy”, a pojęciem „doświadczenia”.

Zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego PWN wiedza to „ogół wiadomości zdobytych dzięki badaniom, uczeniu się itp.; zasób informacji z jakiejś dziedziny”. Innymi słowy, „wiedza” to zbiór zebranych i uporządkowanych wiadomości na dany temat. Wykonawca posiadający wiedzę to taki, który teoretycznie wie jak ma wykonać dany przedmiot świadczenia. Słownikowa definicja „doświadczenia” brzmi: „ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć”. Doświadczenie jest więc elementem odnoszący się do praktycznego sprawdzenia, zweryfikowania posiadanej w danej dziedzinie wiedzy. W praktyce okazuje się więc, że nie każdy podmiot dysponujący wiedzą musi dysponować doświadczeniem opisanym w SIWZ.

Zamawiający podkreślił również, że konstruując warunek nie ograniczył równoważności. Dopuszczalność złożenia „innego równoważnego zezwoleniu na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z Technicznymi Specyfikacjami Interoperacyjności (TSI), dokumentu obowiązującego w innym kraju UE” stanowi wyraz poszanowania tej zasady. Postanowienie to w sposób jasny i wyczerpujący określa możliwość posłużenia się dokumentem, którego treść stwierdza o dopuszczeniu do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI. System TSI dla całego obszaru UE jest jeden, natomiast oczywistym jest, że z uwagi na odrębne wewnętrzne porządki prawne państw UE nazwa dokumentu oraz organ upoważniony do jego wydania będą posiadały inne

nazewnictwo. Stąd specyfikowanie dodatkowych wyznaczników dla równoważności w ocenie Zamawiającego nie było konieczne.

Zamawiający stwierdził, że dla skutecznego zarzucenia nieprawidłowości konieczne jest łączne wykazanie dwóch elementów: wykazanie naruszenia interesu Odwołującego oraz naruszenie przepisów Pzp. W ocenie Zamawiającego o tym, czy rzeczywiście interes Odwołującego został naruszony w takim rozumieniu jak to przedstawiono w odwołaniu, dowiemy się dopiero w dniu składania ofert. Jeżeli wśród złożonych ofert znajdzie się także oferta Odwołującego, a postanowienia SIWZ pozostaną niezmienione, to okaże się, że zarzuty zawarte w odwołaniu były nieprawdziwe.

Zamawiający podkreślił, że art. 8 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1302/2014 nie wprowadza obowiązku certyfikowania taboru kolejowego na zgodność z TSI od dnia 1 czerwca 2017 r. Zgodnie z art. 8 ust. 1 przywołanego rozporządzenia „Świadectwa weryfikacji WE podsystemu zawierającego składniki interoperacyjności nieposiadające deklaracji WE zgodności lub przydatności do stosowania mogą być wydawane w czasie sześcioletniego okresu przejściowego kończącego się w dniu 31 maja 2017 r., o ile spełniono wymagania przepisów określonych w pkt 6.3 załącznika.”. Powołany przepis określa więc datę zakończenia okresu, w którym możliwe jest certyfikowanie pojazdów kolejowych jako zgodnych z TSI, w sytuacji gdy nie wszystkie wykorzystane do ich budowy składniki interoperacyjności mają własne certyfikaty oceny zgodności WE.

Certyfikowanie pojazdów jako zgodnych z TSI jest wymagane od 1 czerwca 2011 r. W tych okolicznościach każdy producent EZT mógł starać się zdobywać doświadczenie w produkcji pojazdów zgodnych z TSI w okresie znacznie wcześniejszym niż okres ostatnich trzech lat poprzedzających składanie ofert. Pierwsze zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI zostało wydane w Polsce już 29 stycznia 2014 r. na rzecz Skoda Transportation a.s. dla lokomotywy trójsystemowej, natomiast 11 września 2014 r. na rzecz firmy Alstom dla elektrycznego zespołu trakcyjnego.

Co istotne, dopuszczenie do eksploatacji pojazdów niezgodnych ze specyfikacjami TSI nie wymaga przestrzegania wymagań specyfikacji TSI, a tym samym nie stanowi gwarancji posiadania przez potencjalnego wykonawcę kompetencji technicznych koniecznych do realizacji zamówienia. W ocenie Zamawiającego doświadczenie w pozyskiwaniu dokumentów dopuszczających do eksploatacji pojazd niezgodny z TSI nie może zastępować doświadczenia w uzyskiwaniu zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI. Dostarczony pojazd, nawet wyposażony w certyfikaty pojedynczych systemów, wyniki badań instytutów naukowych, opinie etc.,

lecz nieposiadający zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji jest bezużyteczny. Dlatego dokument dopuszczający pojazd do eksploatacji zawsze był organicznie związany z przedmiotem dostawy, a jego brak uniemożliwiał odbiór przedmiotu zamówienia. We wszystkich postępowaniach na dostawę nowego taboru uzyskanie dokumentu dopuszczającego pojazd do eksploatacji jest obowiązkiem producenta.

Na poparcie powyższych twierdzeń Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania prowadzonego przez „PKP INTERCITY” S.A.,
2. wyciągu z załącznika nr 3 do SIWZ (wzoru umowy) w ww. postępowaniu,
3. wyciągu z załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) w ww. postępowaniu,
4. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu,
5. wydruków ze strony internetowej Urzędu Transportu Kolejowego dotyczących procedur wydawania świadectw i zezwoleń,
6. wydruku mapy obrazującej dotychczasowe i nowe elementy sieci TEN-T w Polsce,
7. wydruku wyciągu z listy pojazdów zgodnych z TSI opracowanego na podstawie Europejskiego Rejestru Dopuszczonych Typów Pojazdów (ERATV),
8. wydruków informacji prasowych dotyczących zamówień pozyskanych przez Odwołującego na rynkach zagranicznych,
9. pisma ALSTOM-KONSTAL S.A. z dnia 20 maja 2016 r.,
10. wydruku korespondencji poczty elektronicznej CAF Przedstawicielstwa w Polsce z dnia 17 maja 2016 r.,
11. wyciągów z umów:
 - 11.1. pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym: Nr WliT.II-02/2010 z dnia 29 stycznia 2010 r. na wykonanie i dostawę 10 sztuk autobusów szynowych typu 219M, Nr WliT.II-86/2012 z dnia 2 lipca 2012 r. na wykonanie i dostawę 2 sztuk dwuczłonowych spalinowych zespołów trakcyjnych typu 223M, Nr WliT.II-91.2013 z dnia 27 czerwca 2013 r. na wykonanie modernizacji 7 sztuk używanych trzyczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) typu 5B+6B+5B o oznaczeniu kolejowym EN57,
 - 11.2. Nr WliT.II-110/2013 z dnia 4 listopada 2013 r. pomiędzy Zamawiającym i Województwem Lubuskim a wykonawcą NEWAG S.A. na wykonanie

i dostawę 9 sztuk fabrycznie nowych czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) typu 31WE Impuls,

11.3.Nr WIIT-II-89/2014 z dnia 25 czerwca 2014 r. pomiędzy Zamawiającym a Przewozami Regionalnymi sp. z o.o. na zakup używanych, wyprodukowanych po 1972 r., 10 sztuk trzyczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych,

12. wyciągów z SIWZ:

12.1. z postępowania na wykonanie modernizacji kolejowego taboru pasażerskiego o napędzie elektrycznym prowadzonego przez Zamawiającego w 2013 r.,

12.2. z postępowania na wykonanie i dostawę 9 sztuk czteroczłonowych EZT do obsługi międzywojewódzkiego kolejowego ruchu pasażerskiego z możliwością wykorzystania prawa opcji dotyczącego zamówienia dodatkowo do 8 EZT oraz możliwością złożenia zamówienia uzupełniającego prowadzonego przez Zamawiającego w 2013 r.,

13. wyciągu z Regulaminu naboru projektów w ramach RPO Województwa Zachodniopomorskiego 2014-2020. Oś priorytetowa 5 Zrównoważony Transport. Działanie 5.6 Zakup i modernizacja taboru kolejowego na potrzeby przewozów regionalnych,

14. wyciągu z rejestru zezwoleń wydanych przez Prezesa UTK,

15. wyciągów z dokumentacji innych postępowań o udzielanie zamówień publicznych zawierających zobowiązanie wykonawcy do uzyskania dokumentu dopuszczającego do ruchu.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienia zgłosili wykonawcy NEWAG S.A. („Wykonawca N”) i Stadler Polska sp. z o.o. („Wykonawca S”), wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie Odwołujący złożył do akt pismo procesowe z dnia 24 maja 2016 r. z omówieniem wniosków dowodowych, w którym przedstawił dodatkową argumentację.

Podkreślił, że w ostatnich 3 latach przed ogłoszeniem Postępowania żaden z zamawiających nie skonstruował warunku, w którym wymagał wykazania się dostawą pojazdu posiadającego zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI. Oferty składały podmioty zdolne wykonać takie zamówienie i wykonywały je zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że nie było i nadal brak obiektywnej potrzeby zmiany opisu warunku na ograniczający konkurencję w branży.

Zauważył następnie, że zamawiający, w szczególności Łódzka Kolej Aglomeracyjna sp. z o.o. oraz PKP Intercity S.A. w swoich postępowaniach (historycznych) wymagały w opisie przedmiotu zamówienia dostawy pojazdów zgodnych z TSI (w określonym w umowach zakresie) a mimo to nie wymagały ani uzyskania zezwolenia na pojazd zgodny z TSI (dopuszczano również inne dokumenty potwierdzające dopuszczenie pojazdów do eksploatacji w Polsce), ani wykazania się doświadczeniem w uzyskaniu takiego zezwolenia przed przystąpieniem do przetargu. Oferty składały podmioty zdolne wykonać takie zamówienie i wykonywały je zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że nie było i nadal nie ma obiektywnej potrzeby zmiany opisu warunku na ograniczający konkurencję w branży. Ponadto oznacza to, że w postępowaniach w Polsce w okresie ostatnich trzech lat nie było obowiązku wykonania dostawy pojazdów wraz z dostarczeniem zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI.

Odwołujący wyjaśnił, że obecnie w Polsce obowiązują następujące zezwolenia dla pojazdów zgodnych z TSI: (1) zezwolenie dla pojazdu FLIRT typu L-4268 dostarczanego w ramach postępowania prowadzonego przez Łódzką Kolej Aglomeracyjną – Etap I, (2) zezwolenie dla pojazdu typu FLIRT 3 serii ED160, wydane dla pojazdu dostarczanego w ramach realizacji zamówienia publicznego dla PKP Intercity na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych. Wnioskodawcą w obydwu tych przypadkach był Wykonawca S, przy czym, z uwagi na działanie w konsorcjum z Wykonawcą N (przy umowie z PKP Intercity), oba te podmioty będą uprawnione do powoływania się na to samo doświadczenie i to samo zezwolenie. Oznacza to, że kwestionowany warunek uprzywilejowuje Przystępujących, a eliminuje Odwołującego z udziału w Postępowaniu.

Dodatkowo Odwołujący zasygnalizował, że pojazdy Flirt zostały dostarczone do Zamawiającego (tak do ŁKA, jak i do PKP Intercity) wraz z zezwoleniem dla pojazdu niezgodnego z TSI, a dopiero po pewnym czasie po dostawie przekazano zezwolenie dla pojazdu zgodnego z TSI. Dostarczenie zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI nie było jednak przedmiotem stosunku podstawowego łączącego strony, gdyż w postępowaniu tym Zamawiający nie wymagał dostarczenia takiego zezwolenia.

Odwołujący stwierdził, że rynkiem właściwym do weryfikacji naruszenia konkurencji w Postępowaniu jest rynek polski. Aby przesądzić o ograniczeniu konkurencji kluczowym jest właściwe zdefiniowanie rynku. Pojęcie rynku właściwego jest pojęciem węższym od pojęcia rynku w znaczeniu ekonomicznym, rozumianego jako miejsce zetknięcia się popytu i podaży, na co wskazuje definicja z art. 4 pkt. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Rynek właściwy określa się przez nałożenie na siebie dwóch płaszczyzn – (1) rynku właściwego produktowo (asortymentowo) oraz (2) rynku właściwego terytorialnie

(geograficznie). Na takie rozgraniczenie wskazuje również prawo unijne (zob. pkt 9 obwieszczenia Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz.WE C 372 z 9 grudnia 1997 r.).

Odnosząc się do pierwszej z płaszczyzn Odwołujący stwierdził, że podstawowym kryterium wyróżnienia rynku właściwego produktowo stanowi wzajemna substytucyjność (wymienialność) towarów z punktu widzenia nabywcy. (substytucyjność popytowa). Substytucyjność towarów na potrzeby określenia rynku właściwego oceniana jest w oparciu o trzy „miary”: przeznaczenie towaru, jego cenę oraz właściwości (w tym jakość). Należy zatem określać rynek właściwy dla przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem cech pojazdu, które pozwalają określić go jako substytuty. Będziemy tu mówić zatem o pojazdach do przewozów o charakterze regionalnym, gdzie w szczególności definiuje go maksymalna prędkość pojazdu (do 160 km/h), układ przestrzeni pasażerskiej. Takie pojazdy dostarcza wielu producentów, w związku z czym po ustaleniu rynku produktowego zgodnie z powyższymi wskazaniem należy nałożyć na to filtr rynku geograficznego, aby precyzyjnie określić rynek właściwy dla przedmiotowego zamówienia.

Rynek właściwy terytorialnie to rynek wyznaczony według kryterium geograficznego (terytorialnego). Rynek taki stanowi obszar zbytu, na którym panują homogeniczne, tożsame lub podobne warunki konkurencji na ustalonym rynku produktowym. Za rynek właściwy geograficznie uznawać więc należy podstawowy obszar zbytu towarów danego przedsiębiorcy. Uwzględnienie kryterium geograficznego prowadzi zatem do ograniczenia rynku produktowego do określonego obszaru. Wśród kryteriów na podstawie których dochodzi do wyodrębnienia rynku właściwego, relewantnego terytorialnie, wymienić należy: bariery dostępu do rynku, preferencje (zwyczaj) konsumentów, wysokość (zróznicowanie) cen towarów występujących na różnych obszarach, koszty transportu towaru.

Metodologia ustalania rynku właściwego na potrzeby badania czy doszło do ograniczenia konkurencji polega na analizie przeszłych i aktualnych cech tego rynku (a nie jak w przypadku np. koncentracji – na cechach przyszłych). Rynkiem geograficznym dla przedmiotowego postępowania będzie zatem rynek polski, ponieważ na podstawie badania przeszłych i aktualnych cech tego rynku wywnioskować można, że odznacza się on charakterystycznymi dla niego cenami, preferencjami nabywców. Co więcej, o uznaniu rynku polskiego za rynek właściwy przesądza także fakt, że zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego wydane w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej nie są wystarczające dla dopuszczenia do eksploatacji takiego pojazdu w Polsce (argument z art. 23c Ustawy).

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

16. opracowania Instytutu Pojazdów Szynowy „TABOR” stanowiącego ustosunkowanie do argumentacji zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie złożonej w sprawie o sygn. akt KIO 628/16,
17. tabeli zestawiającej postanowienia SIWZ we wszystkich zakończonych postępowaniach na dostawę EZT ogłoszonych od 2013 r. wraz z wyciągami z odpowiednich SIWZ,
18. wyciągu z umowy Nr UM-BBT-14-900-0046 z dnia 23 maja 2014 r. zawartej pomiędzy Odwołującym a PKP Intercity S.A.,
19. wyciągu z umowy Nr UM-BTT5k-13-900-013 z dnia 18 listopada 2013 r. zawartej pomiędzy Przystępującymi a PKP Intercity S.A.,
20. wyciągu z umowy nr 38/2012 z dnia 13 grudnia 2012 r. zawartej pomiędzy Łódzką Koleją Aglomeracyjną sp. z o.o. a Wykonawcą S,
21. wyciągów z zezwoleń Prezesa UTK Nr PL 51 2015 0036, PL 51 2015 0087, PL 51 2014 0042, PL 51 2015 0059,
22. wydruku ze strony internetowej UTK dotyczącego uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydanego przez Prezesa UTK przez pojazd dopuszczony do eksploatacji w innym państwie członkowskim,
23. wyciągu z wykazu zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zamieszczonego na stronie UTK dla (1) pojazdów zgodnych z TSI, (2) pojazdów niezgodnych z TSI oraz (3) wykazu świadectw,
24. tabeli przedstawiającej uczestników rynku właściwego wraz z wynikami postępowań,
25. stanowisk (1) Instytutu Kolejnictwa oraz (2) Instytutu Pojazdów Szynowych „TABOR”,

Ponadto, w piśmie procesowym z dnia 30 maja 2016 r., Odwołujący podsumował prezentowane stanowisko i wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści (26) pism Instytutu Pojazdów Szynowych „TABOR” z dnia 25 i 28 maja 2016 r.

Wykonawca S złożył do akt postępowania odwoławczego pismo procesowe z dnia 30 maja 2016 r., w którym stwierdził, co następuje:

Na wstępie podkreślił, że ze złożonych dowodów wynika, że na terenie UE działa co najmniej 8 wykonawców, którzy wyprodukowali elektryczne zespoły trakcyjne zgodne z TSI, co jest potwierdzone wydanymi na ich rzecz zezwoleniami na dopuszczenie tych pojazdów do eksploatacji. Ponadto, jak wynika z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, zainteresowanie tym postępowaniem wyraziły –

oprócz Odwołującego i Przystępujących – dwa podmioty z terenu UE, tj. francuski Alstom i hiszpański CAF. W konsekwencji teza Odwołującego, iż konkurencja w tym Postępowaniu – przy utrzymaniu kwestionowanego warunku w niezmienionej postaci – miałyby się ograniczyć do dwóch podmiotów (Przystępujący) jest wyłącznie spekulacją.

Zdaniem Wykonawcy S stanowisko Odwołującego sprowadza się *de facto* do twierdzenia, że sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu pozbawia go możliwości złożenia oferty. Utożsamiając rynek właściwy wyłącznie z rynkiem polskim, Odwołujący w niemożliwości złożenia oferty przez siebie upatruje naruszenia zasady proporcjonalności warunku. Nie jest to prawidłowe co najmniej z następujących powodów.

Niemożliwość złożenia oferty w przetargu przez danego wykonawcę nigdy *per se* nie była i nie może być uznana za świadcząca o tym, iż dany warunek udziału jest niezgodny z prawem. Wręcz przeciwnie – Zamawiający nie jest zobligowany do dostosowania warunku udziału w postępowaniu do konkretnego wykonawcy działającego w danej branży.

W ocenie Wykonawcy S powyższej tezy nie zmienia również wyrok wydany przez Izbę w sprawie równoległego przetargu prowadzonego przez Łódzką Kolej Aglomeracyjną (ŁKA) z uwagi na odmienność stanu faktycznego – przede wszystkim co do treści opisu warunku, ani zestawienie uczestników przetargów w Polsce w latach 2013-2015 przedstawione przez Odwołującego na rozprawie. Nawet bowiem, gdyby – nieprawidłowo – dla oceny proporcjonalności warunku pod uwagę wziąć krąg wykonawców z tego okresu przedstawiony przez Odwołującego, to wynika z niego, że: (1) w przetargach w Polsce w tym okresie brało udział łącznie 5 wykonawców: Odwołujący, Przystępujący, ZNTK Mińsk Mazowiecki i CAF oraz że (2) średnia liczba ofert składanych w tych przetargach wynosiła około 2.

Zawężenie perspektywy oceny proporcjonalności warunku do rynku polskiego i uznanie go za rynek właściwy jest rażąco sprzeczne z naczelnymi zasadami wspólnotowego systemu zamówień publicznych, u podstaw których leży eliminacja ochrony własnych rynków państw członkowskich UE i konkurencja ponadnarodowa. Z dniem uzyskania członkostwa w UE zniesiono w polskim systemie prawnym preferencje krajowe obowiązujące w ustawie o zamówieniach publicznych z 1994 r. Na mocy art. 67 Układu Europejskiego z dnia 16 grudnia 1991 r. ustanawiającego stowarzyszenie między RP a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, przedsiębiorstwa Wspólnoty otrzymały dostęp do procedur przetargowych w Polsce na zasadzie traktowania nie mniej korzystnego niż traktowanie przedsiębiorstw polskich od 1 lutego 2004 r. Uznanie, iż ocena proporcjonalności warunku udziału w Postępowaniu (jak i w każdym innym postępowaniu,

którego wartość przekracza progi unijne, a zatem które z natury rzeczy ma charakter transgraniczny) powinna być dokonywana z perspektywy wykonawców mających siedzibę w Polsce, a nie wykonawców mających siedzibę na całym terytorium UE, czyniłoby zamieszczanie ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym UE bezprzedmiotowym i sprowadzałoby je do czczej formalności.

Niewłaściwe jest również powołanie się przez Odwołującego na obwieszczenie Komisji 97/C 372/034. Obwieszczenie to dotyczy definiowania rynków właściwych na cele wspólnotowego prawa konkurencji – na potrzeby oceny koncentracji przedsiębiorców mających wymiar wspólnotowy (i jest narzędziem stosowanym w prawie antymonopolowym), a nie na potrzeby oceny proporcjonalności warunków udziału w przetargach publicznych.

Dla oceny proporcjonalności warunku nie jest istotne to, czy Odwołujący może czy nie może złożyć oferty w Postępowaniu, lecz to, czy warunek odpowiednio zabezpiecza Zamawiającego przed dostępem do zamówienia podmiotów nie dających gwarancji jego należytego wykonania. Proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oznacza bowiem nie tylko to, że warunek nie powinien być nadmierny, ale i to, że nie może być zbyt liberalny i powodować, że do udziału w postępowaniu zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy nie są w stanie zrealizować zamówienia w sposób należyty.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wymaga dostawy pojazdu zgodnego z TSI (pkt 1.1.4 OPZ – zał. 7 do SIWZ) i dostarczenia mu wraz z pierwszym pojazdem zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI (pkt 1.1.6 lit. a OPZ – zał. 7 do SIWZ oraz § 5 ust. 3 i ust. 4 umowy – zał. 8 do SIWZ). Z powyższego wynika, że dla Zamawiającego priorytetowe znaczenie ma termin dostawy pierwszych 3 pojazdów, o czym świadczy fakt, że – inaczej niż ŁKA w przetargu, którego dotyczy wyrok KIO 628/16 – określił je konkretnymi datami kalendarzowymi i uczynił kryterium oceny ofert (oczekiwany termin – dostawa jeszcze w tym roku, do dnia 20 grudnia 2016 r.; nieprzekraczalny termin 31 grudnia 2017 r.).

Wykonawca S podał, że z uwagi na położenie przygraniczne pojazdy stanowiące przedmiot przetargu mają docelowo być wykorzystywane do obsługi połączeń transgranicznych (stałe połączenia pasażerskie z Brandenburgią i Berlinem oraz Meklemburgią Pomorzem Przednim), co wymaga pełnej interoperacyjności tych pojazdów.

Oczywistym jest również to, że termin 120 dni, o którym mowa w pkt 7 tiret 6 OPZ i odpowiedzi nr 39 z 16 maja 2016 r. na pytania do SIWZ nie dotyczy obowiązku przedłożenia wraz z dostawą pierwszego pojazdu zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI i jako taki nie przesunął terminu dostarczenia tego

zezwolenia, jednoznacznie wyrażonego w pkt 1.1.6 lit. a OPZ oraz § 5 ust. 3 i ust. 4 umowy (jako dostarczenie przedmiotowego zezwolenia wraz z pierwszym pojazdem).

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu „[...]TSI są dokumentami, w których zapisano specyfikacje funkcjonalne i techniczne dotyczące poszczególnych podsystemów systemu kolei. (...) TSI w szczegółowy sposób określają, jakie wymagania powinny spełniać podsystemy, których dotyczą dane TSI, aby było to zgodne z tzw. interesem publicznym dotyczącym bezpieczeństwa, niezawodności i dostępności, zdrowia, ochrony środowiska naturalnego oraz zgodności technicznej. (...) Wymagania te dotyczą rozwiązań czysto technicznych, w tym konstrukcji pojazdów[...]”. Zarówno z art. 23b ust. 1 Ustawy, jak i z art. 21 Dyrektywy 2008/57/WE z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei wynika dychotomiczny podział na pojazdy zgodne i pojazdy niezgodne z TSI. Chodzi tu nie tylko o kwestie proceduralne, związane z trybem dopuszczenia, ale również, a nawet przede wszystkim – o kwestie związane z samą konstrukcją pojazdów. Potwierdzają to zarówno informacje zamieszczone na stronie UTK, dołączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowisko Instytutu Kolejnictwa z 23 maja 2016 r. złożone przez Wykonawcę S, z którego wynika, że wymagania dotyczące konstrukcji, materiałów, wyposażenia i dokumentacji, w tym dokumentacji konstrukcyjnej, dla pojazdów zgodnych z TSI i pojazdów niezgodnych z TSI są różne.

Pojazd dopuszczony do eksploatacji przez Prezesa UTK jako zgodny z TSI korzysta z domniemania, iż jest zgodny z TSI. Zezwolenie Prezesa UTK jako dokument urzędowy (art. 244 §1 K.p.c.) stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone. Prezes UTK jest organem wyspecjalizowanym w rozumieniu ustawy o systemie oceny zgodności (art. 10 ust. 3 Ustawy). Na gruncie polskiego prawa to zezwolenie Prezesa UTK, a nie jednostkowe dokumenty wystawiane przez jednostki notyfikowane, korzysta z powyżej wskazanego domniemania i daje Zamawiającemu gwarancję, że wykonawca rzeczywiście posiada doświadczenie w produkcji pojazdu zgodnego z TSI.

Jakkolwiek, jak stwierdza Instytut Kolejnictwa w złożonej przez Wykonawcę S opinii z 23 maja 2016 r., w przypadku pojazdu „produkowanego co do zasady jako zgodnego z TSI” możliwe jest przejście od dopuszczenia pojazdu jako niezgodnego z TSI do dopuszczenia jako pojazdu zgodnego z TSI, to jednak pojazdy wyprodukowane jako niezgodne z TSI nie będą mogły uzyskać zezwolenia na pojazd zgodny z TSI bez wprowadzenia często bardzo istotnych zmian. Złagodzenie warunku udziału w Postępowaniu zgodnie z żądaniem odwołania będzie oznaczać, że dopuszczeni do niego będą ci wykonawcy, którzy nie mają żadnego doświadczenia w dostawie pojazdów zgodnych z TSI, a tym samym nie dają rękojmi należytego wykonania tego zamówienia.

Pojazdy, których zgodność z TSI nie zostanie potwierdzona zezwoleniem Prezesa UTK na dopuszczenie do eksploatacji, nie będą mogły być odebrane przez Zamawiającego (por. § 5 ust. 4 zd. 2 wzoru umowy), ani też przez niego użytkowane (art. 23b ust. 2 Ustawy), co zniweczy sens Postępowania i udzielonego w jego konsekwencji zamówienia publicznego.

Wykonawca S wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

27. zestawienia przetargów na dostawy EZT w Polsce,
28. wyciągu z ERATV – listy producentów, dla których pojazdów (EZT) wydano zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI,
29. pisma Instytutu Kolejnictwa z dnia 23 maja 2016 r.,
30. wyciągu z zezwolenia Prezesa UTK Nr PL 51 2015 0036,
31. ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym przez ŁKA sp. z o.o.

Wykonawca N wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu (32) z treści wyciągu z zezwolenia Prezesa UTK Nr PL 61 2015 0037.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i dalszych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący był legitymowany do skorzystania ze środka ochrony prawnej, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła Wykonawcę S i Wykonawcę N, zwanych dalej łącznie „Przystępującymi”, do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego uznając, że spełnili oni przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści Ogłoszenia i SIWZ w brzmieniu uwzględniającym zaskarżoną zmianę warunku udziału w Postępowaniu, a nadto z wymienionych powyżej dokumentów złożonych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do jego akt. Na tej podstawie ustalono, że stan faktyczny nie był sporny, natomiast kwestią wymagającą rozstrzygnięcia była weryfikacja zmodyfikowanego warunku pod kątem jego proporcjonalności do przedmiotu zamówienia.

Oceniając przedstawione powyżej zagadnienie skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie ulega wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią barierę uniemożliwiającą ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, których sytuacja podmiotowa nie daje rękojmi jego należytego wykonania. Skuteczne postawienie przez zamawiającego takiego ograniczenia wymaga jednak, aby warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadały wskazaniom płynącym z przepisu art. 22 ust. 4 Pzp, tzn. aby były związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.

Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Stąd, porównywanie przez Zamawiającego liczby EZT, których dostawa jest przedmiotem zamówienia do opisu zamówienia referencyjnego (których to proporcji Odwołujący *nota bene* nie kwestionował) nie oddaje istoty proporcjonalności. Musi sprowadzać się ona do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania. Co więcej, zaprezentowana przez Zamawiającego wykładnia proporcjonalności wręcz wypacza jej sens, bowiem w każdym przypadku, w którym warunek wykazywałby związek z przedmiotem zamówienia można byłoby określać go mianem proporcjonalnego. Ostatecznie nawet sytuacja w której wykonawca musi wykazać się wykonaniem zamówienia identycznego z przedmiotem zamówienia, z którą to mieliśmy do czynienia w przedmiotowej sprawie, da się sprowadzić do matematycznej proporcji (stosunek 1:1).

W kontekście ustalenia czy treść zaskarżonego warunku narusza konkurencyjność z uwagi na brak proporcjonalności odrębnego omówienia wymaga kwestia rynku właściwego. Skład orzekający uznał, że rynkiem właściwym w tej sprawie jest rynek krajowy, nie zaś europejski. Nie było okolicznością sporną, że istnieje konieczność uzyskania zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI na obszarze danego kraju, w którym pojazd ma być dopuszczony do eksploatacji (zob. również dowód nr22), co może zasadniczo wpływać na krąg podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty. Ponadto, z przedstawionych przez Zamawiającego i Wykonawcę S dowodów (dowody nr 7, 14, 23 i 28) wynika, że tylko trzech producentów zagranicznych (Stadler, Alstom Ferroviaria S.p.A. i Skoda Transportation a.s.) dotychczas występowało o dopuszczenie pojazdów zgodnych z TSI do eksploatacji w Polsce, co jest koniecznym elementem realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji to rynek krajowy musi być punktem odniesienia przy ustaleniu w jaki sposób kwestionowany warunek udziału w Postępowaniu może kształtować konkurencję pomiędzy wykonawcami, będącymi uczestnikami rynku, dla którego przeznaczone jest przedmiotowe zamówienie.

Jedynie na marginesie należało zwrócić uwagę na specyficzne uwarunkowania rynku krajowego, na którym – po pierwsze – uzyskiwanie zaświadczeń na pojazdy zgodne z TSI nie jest obligatoryjne do końca maja 2017 r. (okoliczność bezsporna), po drugie – w postępowaniach prowadzonych w ciągu ostatnich 3 lat (granica czasowa wyznaczona treścią kwestionowanego warunku) zamawiający nie formułowali takich wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców mimo teoretycznej możliwości ich wprowadzania chociażby od 2011 r. (*vide* dowody nr 7, 17 i 28). Wymagania zamawiających we wspomnianych postępowaniach koncentrowały się zasadniczo na zapewnieniu dostaw EZT zgodnych ze wszystkimi, bądź tylko niektórymi TSI, bez jednoczesnego wymogu dostarczania zaświadczeń na pojazdy zgodne z TSI, w przypadku wymagania zgodności w pełnym zakresie (dowód nr 17).

Izba nie uwzględniła przeciwnej argumentacji Zamawiającego i Przystępujących oraz złożonych na tą okoliczność dowodów, zmierzających do wykazania, że rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie winien być rynek europejski. Jakkolwiek z przedstawionej przez Wykonawcę S tabeli (dowód nr 27) wynikało, że zagraniczni wykonawcy ubiegali się o zamówienia publiczne w Polsce, tym niemniej, zestawiając te dane z informacjami zawartymi w tabeli stanowiącej dowód nr 17 uznać należało, że w ostatnich latach rynek krajowy zdominowany został zasadniczo przez podmioty krajowe (dowód nr 24). W konsekwencji za niemające znaczenia w kontekście ustalenia rynku właściwego skład orzekający ocenił dowody mające potwierdzać, że europejscy producenci EZT posiadają w swoich ofertach pociągi, dla których wystawiono sporne zezwolenia (dowód nr 7 i 28), dotyczące zainteresowania Postępowaniem ze strony podmiotów zagranicznych (dowody nr 9 i 10), czy wreszcie wskazujące na realizację przez Odwołującego zamówień w innych krajach (dowód nr 8).

Powracając na grunt rozważań dotyczących proporcjonalności skład orzekający wskazuje, że generalnie podziela zapatrywanie Zamawiającego i Przystępujących o możliwości stawiania wykonawcom wysokich, restrykcyjnych wymagań dotyczących ich sytuacji podmiotowej, o ile istnieją ku temu uzasadnione powody, których Zamawiający, w ocenie Izby, nie przedstawił.

Nie przemawia za stanowiskiem Zamawiającego twierdzenie, że potrzeba zmiany treści kwestionowanego warunku wyniknęła w toku przeprowadzonej przez niego analizy rynku zamówień taboru kolejowego. Zamawiający – oprócz argumentów odnoszących się do pojęcia rynku właściwego – powołał się w tym zakresie również na realizowane przez Odwołującego zamówienie dla PKP Intercity, w którym postawiono wymóg zgodności dostarczanych EZT z TSI (dowody nr 1-4). Abstrahując od okoliczności, że wymogi takie –

na co wskazuje chociażby zestawienie przygotowane przez Odwołującego, stanowiące dowód nr 17 – były i są pewnym standardem w tej branży, to przytoczone wymaganie nie może przemawiać za proporcjonalnością spornego warunku. Nakłada on bowiem wymóg wykazania się realizacją zamówienia na dostawę pociągów posiadających zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI, co jest, w ocenie Izby, dalej idącym obostrzeniem niż żądanie potwierdzenia wykonania dostawy pociągów zgodnych z TSI.

Skład orzekający wziął również pod uwagę, że – jak wspomniano – kwestionowany wymóg nie był stawiany wykonawcom w innych postępowaniach (nie czynił tego również sam Zamawiający – patrz dowody nr 11 i 12), mimo formułowania oczekiwań w zakresie zgodności z TSI względem samych zamówień, a oczekiwanie wylegitymowania się dokumentem potwierdzającym zgodność dostaw z TSI ma na rynku krajowym charakter incydentalny. Wymóg taki nie wynikał z treści zawieranych z wykonawcami umów (dowody nr 18-20), a wprowadzany był przez zamawiających dopiero na etapie realizacji zamówień, w drodze aneksowania kontraktów (okoliczność bezsporna). Pojazdy posiadające obecnie zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji jako zgodne z TSI uzyskały pierwotnie zezwolenie stwierdzające ich niezgodność z opisanymi w nich wymaganiami (dowody nr 21 i 30).

Izba nie uwzględniła również argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do przyjętej strategii rozwoju przewozów pasażerskich w województwie. W tym zakresie Zamawiający powoływał się m.in. na włączenie części szlaków kolejowych z obszaru województwa do Transeuropejskiej Sieci Transportowej TEN-T (dowód nr 6), przyznając jednocześnie że nie spełniają one wymogów właściwym częścią składowym wspomnianego systemu. Argument ten stanowić może zresztą, w ocenie Izby, uzasadnienie nie tyle dla proporcjonalności warunku, ile dla stawiania przedmiotowi zamówienia wysokich wymagań, które nie były przecież przez Odwołującego kwestionowane. Podobnie ocenić należało argumenty dotyczące konieczności zapewnienia transportu transgranicznego (Polska – Niemcy), tym bardziej, że – jak przyznał na rozprawie sam Zamawiający – jego wykonywanie nie jest możliwe z przyczyn technicznych związanych z różnym napięciem sieci trakcyjnych w obydwu krajach.

Co zaś dotyczy kwestii finansowania przedmiotowego zamówienia z funduszy europejskich i kryteriów kwalifikowalności wydatków (dowód nr 13) skład orzekający nie mógł uznać za wystarczające ogólnikowych twierdzeń dotyczących konieczności istnienia zgodności takich wydatków z prawem unijnym, czy krajowym. Podkreślenia wymaga, że skoro aktualnie w Polsce funkcjonują różne tryby dopuszczania pojazdów kolejowych do

eksploatacji (o czym szerzej poniżej), co jest czasowo aprobowane przez ustawodawcę unijnego, to trudno doszukiwać się w żądaniu usunięcia zakwestionowanego odwołaniem wymogu sprzeczności z prawem. Zamawiający nie wyjaśnił również w jaki sposób utrzymanie warunku udziału w Postępowaniu w dotychczasowym brzmieniu zapewni (w ogóle, bądź w wyższym stopniu) efektywność i oszczędność wydatku, czy zagwarantuje uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów.

Skład orzekający nie podziela również zapatrywania Zamawiającego jakoby wykazanie się realizacją zamówienia referencyjnego w zaskarżonym kształcie stanowić mogło wyłączną rękojmię należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby kwestię dostarczenia pojazdów posiadających zezwolenia potwierdzające ich zgodność z wymaganiami TSI należy odróżnić od oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tj. zbadania, czy wykonawca rzeczywiście jest w stanie wyprodukować pojazdy spełniające wspomniane wymagania.

Nie ulega wątpliwości, że pojazd kolejowy przed jego oddaniem do użytkowania musi zostać dopuszczony do eksploatacji, stąd powoływanie się przez Zamawiającego na tą okoliczność (dowód nr 15) nie mogło mieć znaczenia. W treści zaskarżonego warunku Zamawiający sformułował wymaganie wykazania się doświadczeniem w uzyskiwaniu dokumentu, który wydawany jest po przeprowadzeniu ściśle określonej, przy tym nadal nieobowiązkowej, procedury, wobec której istnieją inne sposoby dopuszczania pojazdów do eksploatacji (dowody nr 5, 16 i 29). Uzyskanie zezwolenia na pojazd zgodny z TSI nie oznacza jednak jeszcze, że wykonawca nabywa jakieś unikalne, związane z przebiegiem takiego postępowania, kompetencje. Skład orzekający wyraża zapatrywanie, że uzyskanie stosownych dokumentów, choćby było poprzedzone skomplikowaną procedurą, obejmującą szereg czasochłonnych badań jest, w ocenie Izby, kwestią wtórną w stosunku do zdolności produkcyjnych wykonawcy, które – zdaniem składu orzekającego – stanowić powinny właściwy przedmiot oceny w ramach warunku wiedzy i doświadczenia w produkcji pojazdów spełniających określone standardy.

Nie sposób nie wspomnieć o okoliczności, że sama procedura uzyskiwania zezwolenia na pojazd zgodny z TSI odbywa się przy udziale jednostki notyfikowanej, natomiast aktywność samego wykonawcy ograniczona jest do czynności *stricte* technicznych, jak przygotowanie pojazdu, zlecenie przeprowadzenia odpowiednich badań, zgromadzenie dokumentacji i złożenie wniosku do Prezesa UTK, co tylko wzmacnia konkluzję o braku konieczności weryfikowania wykonawców pod kątem posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie uzyskiwania zezwolenia. Nawet gdyby jednak chcieć oceniać Odwołującego pod kątem posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie uzyskiwania badań

potwierdzających zgodność produkowanych przez niego pociągów z poszczególnymi TSI (Odwołujący, co również nie było sporne, nie posiada aktualnie w swojej ofercie żadnego pojazdu, dla którego wydano zezwolenie stwierdzające jego zgodność z TSI), należałoby stwierdzić, że Odwołujący właściwość taką posiada, co wynika chociażby z wyciągu z zezwolenia przedstawionego przez Wykonawcę N (dowód nr 32).

W świetle powyższego Zamawiający dokonał również błędnej analizy ewentualnych ryzyk związanych z odstąpieniem od żądania wykazania się dostawą pojazdów, dla których wydane zostało zezwolenie stwierdzające ich zgodność z TSI. Po pierwsze – związek pomiędzy treścią zaskarżonego warunku, a terminowością dostaw wydaje się wątpliwy, ponieważ istnieje wiele innych okoliczności mogących wynikać w trakcie realizacji umowy, które mogą wywierać wpływ na datę realizacji zamówienia. Po drugie – kwestionowane wymaganie nie znajduje bezpośredniego przełożenia na wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia, w szczególności brak doświadczenia wykonawcy na polu uzyskiwania dokumentów nie podważa jego kompetencji do wybudowania pojazdów o określonych standardach.

Pozostałe, niewymienione powyżej dowody, skład orzekający uznał za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Reasumując, Izba uwzględniając odwołanie uznała, iż żądanie doświadczenia w dostawie pojazdów z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI nie spełnia wymogów proporcjonalności, przez co narusza uczciwą konkurencję uniemożliwiając ubieganie się o udzielenie zamówienia podmiotom zdolnym do jego realizacja. W konsekwencji stwierdzonego naruszenia przepisów art. 22 ust. 1, 4 i 5 zd. pierwsze w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Co zaś dotyczy zarzucanego Zamawiającemu naruszenie art. 18 Dyrektywy Izba uznała, że zarzut ów został w istocie wyłącznie zasygnalizowany, wobec czego nie mógł zostać uwzględniony. W szczególności z przepisu tego wynika, że konkurencja uznaje się za sztucznie zawężoną, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem (podkreślenie Izby) niezasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. Skład orzekający, po analizie treści odwołania i dalszych pism procesowych Odwołującego, stwierdził, że nie przedstawił on dowodów mających potwierdzać intencjonalne działanie Zamawiającego, ograniczając się zasadniczo wyłącznie do przytoczenia fragmentu treści wspomnianego przepisu.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....