

Sygn. akt: KIO 2242/11

WYROK

z dnia 27 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 października 2011 r.** przez wykonawcę **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** w postępowaniu prowadzonym **Województwo Warmińsko - Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn,**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Warmińsko - Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę nowego trójczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 27 sierpnia 2011 roku pod poz. 2011- S 164 -270911.

W dniu 17 października 2011 roku, odwołujący – Newag S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym wskazał, że pojazd 21 WE, który został zaoferowany przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – Pojazdy Szynowe PESA S.A. (dalej PESA S.A.), nie został wyprodukowany ani wprowadzony do obrotu, mimo zastrzeżenia oznaczenia typu w Instytucie Pojazdów Szynowych. Odwołujący podniósł, że zaoferowanie 600 miesięcy gwarancji ma służyć wyłącznie uzyskaniu maksymalnej liczby punktów w kryterium gwarancja. Żaden, z dotychczas wyprodukowanych pojazdów (np. 22WE, 27WE, 34 WE) nie ma dłuższego okresu eksploatacji niż 30 lat, na dowód czego przedstawił wyciąg z dokumentacji systemu utrzymania pojazdu 27 WE. W ocenie odwołującego, oznacza to, że albo PESA S.A. po okresie 30 lat będzie zobowiązana dostarczyć nowy pojazd, albo wprowadziła w błąd zamawiającego co do istotnej cechy oferowanego pojazdu. Zamawiający winien wezwać PESA S.A. do wyjaśnień, tym bardziej, że z treści oferty wynika okres żywotności (trwałości, eksploatacji) pojazdu 30 lat (pkt 8.4.1.5 siwz). Zdaniem odwołującego, zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, która w części dotyczącej gwarancji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł także, że Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego Mińsk Mazowiecki S.A. (dalej ZNTK) są spółką wchodzącą w skład grupy kapitałowej PESA S.A., ZNTK jest zależna od PESA S.A. w rozumieniu art. 4§1 pkt 4 ksh, PESA S.A. dysponuje bezpośrednio większością głosów na walnym zgromadzeniu ZNTK. Na dowód odwołujący załączył wydruki ze stron internetowych PESA S.A i ZNTK. W skład rady nadzorczej ZNTK wchodzi członek zarządu PESA S.A. oraz prokurenci PESA S.A, co wynika z odpisów KRS.

Ponadto ZNTK nie posiada w ofercie żadnego fabrycznie nowego pojazdu szynowego, nie istnieje żaden pojazd oznaczony typem Mińsk – 3, wskazany w ofercie ZNTK. Brak także zgłoszenia oznaczenia typu pojazdu. Z dotychczasowej praktyki rynkowej wypracowanej przez PESA S.A. i ZNTK wynika, że również w ramach tego postępowania ZNTK zamierzał, w razie wybrania jego oferty, do zaoferowania de facto pojazdu produkcji PESA S.A.

Wykazane w ofercie ZNTK dostawy dotyczyły pojazdów dostarczonych w ramach konsorcjum z PESA S.A. i są pojazdami wyprodukowanymi i skonstruowanymi przez PESA S.A. Odwołujący zwrócił uwagę, że oferty PESA S.A. i ZNTK kładą nacisk na dwa przeciwstawne kryteria, najwyższa cena, najdłuższa gwarancja i odwrotnie.

Powyższe wskazuje, że mamy do czynienia z jedną ofertą, na ten sam pojazd, złożoną przez dwie spółki tej samej grupy kapitałowej, zawierającą dwa warianty gwarancji i ceny, co należy określić jako złożenie oferty wariantowej lub czyn nieuczciwej konkurencji i z tego powodu oferty PESA S.A. i ZNTK winny być odrzucone.

Odwołujący, wskazując na naruszenie art. 90 ust.1, 87 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy w zw. z pkt VI siwz oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty i nakazanie dokonania zaniechanej czynności wezwania do złożenia wyjaśnień i nakazanie powtórzenia oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz w oparciu o wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa nowego trójczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego. W pkt XVII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający ustalił dwa kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej: cena - 80%, gwarancja - 20%.

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

1. Newag S.A, który zaoferował elektryczny zespół trakcyjny 36 WE za cenę 17 084 700 zł, z okresem gwarancji 60 miesięcy,
2. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (dalej PESA S.A.), który zaoferował zespół trakcyjny 21WE za cenę 15 990 000 zł, z okresem gwarancji 600 miesięcy,
3. Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A, (dalej ZNTK), który zaoferował zespół trakcyjny MINSK – 3 za cenę 12 004 800 zł, z okresem gwarancji 1 miesiąc

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 października 20111 roku, wynika, że wykonawcy otrzymali następującą liczbę punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert:

1. Newag S.A., cena – 56, 21, gwarancja 2, łącznie 58, 21 punktów,
2. PESA S.A, cena – 60,06, gwarancja 20, łącznie 80,06 punktów,
3. ZNTK – cena 80, gwarancja 0,03, łącznie 80,03 punkty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, jako podmiot, który jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, posiada interes w złożeniu przedmiotowego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Zdaniem Izby, zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie za zasadne stanowiska odwołującego, że zaoferowanie przez PESA S.A. okresu gwarancji 600 miesięcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim okoliczność, że odwołujący jako podmiot na którym spoczywa ciężar dowodu w tej sprawie (zgodnie z art. 6 k.c.), nie przedstawił żadnego dowodu na podnoszoną w odwołaniu okoliczność, że udzielenie gwarancji na okres 600 miesięcy (50 lat) jest czynem nieuczciwej konkurencji. Na poparcie swojego stanowiska, odwołujący powoływał okoliczność, że żaden z dotychczas wyprodukowanych na rynku pojazdów nie ma dłuższego okresu eksploatacji niż 30 lat, na dowód czego przedstawił wyciąg z dokumentacji systemu utrzymania (DSU) pojazdu 27 WE. W ocenie Izby, dowód ten stanowi jedynie potwierdzenie 30 letniego okresu eksploatacji (żywołności) pojazdu typu 27 WE, który to nie jest przedmiotem oferty złożonej przez PESA S.A. i nie może stanowić dowodu, na okoliczność okresu żywotności pojazdu 21 WE (zaoferowanego przez PESA S.A.). Ponadto z dokumentu tego, jak i z wyjaśnień odwołującego złożonych podczas rozprawy, wynika, że po 30 – letnim okresie eksploatacji, pojazd jest obowiązkowo poddawany tzw. naprawie głównej, która, jak wyjaśnił przystępujący, przedłuża okres żywotności pojazdu. Okres, po jakim pojazd należy poddać obowiązkowej naprawie głównej i jego cykl naprawczy, określane są w dokumentacji systemu utrzymania (DSU) konkretnego pojazdu, przygotowanej przez producenta i zatwierdzonej przez Urząd Transportu Kolejowego (UTK). Zatem, należy uznać za zasadne stanowisko przystępującego PESA S.A., że okres żywotności pojazdu zależy od konstrukcji pojazdu i od jego producenta i jest czym innym niż faktyczny okres eksploatacji pojazdu.

Ponadto, jak wynika z dokumentu przedstawionego przez PESA S.A. (pismo z dnia 27 października 2011 roku, z Przewozów Regionalnych, nr pisma PBU4b-6211/79/2011), jak również wykazu przedstawionego przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, obecnie są eksploatowane elektryczne zespoły trakcyjne, których żywotność jest dłuższa niż 30 lat.

Podsumowując, zdaniem Izby, okoliczność, że dotychczas produkowane dotychczas pojazdy nie miały dłuższego niż 30 lat okresu żywotności, nie wyklucza możliwości zaoferowania

gwarancji na okres dłuższy, szczególnie w związku z przewidywanym przez PESA S.A. wydłużonym okresem żywotności pojazdu zaoferowanego w postępowaniu (21WE).

Izba, nie podziela też stanowiska odwołującego, co do zaniechania wyjaśnienia treści oferty PESA S.A. w zakresie oferowanego okresu gwarancji i okresu żywotności pojazdu. Okres żywotności pojazdu został określony w pkt 8.1.4.5 załącznika nr 1 do siwz, jako okres minimalny wynoszący 30 lat. Zatem zaoferowanie okresu gwarancji na okres 600 miesięcy nie stoi w sprzeczności z postanowieniem pkt 8.1.4.5 załącznika nr 1 do siwz. i nie wymaga dodatkowych wyjaśnień ze strony wykonawcy.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy pzp w zw. z pkt VI siwz oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia ofert PESA S.A. oraz ZNTK. Okolicznością przyznaną przez przystępującego PESA S.A. jest to, że ZNTK jest spółką wchodzącą w skład grupy kapitałowej PESA S.A., jest to spółka zależna w rozumieniu art. 4 § 1 pkt 4 kodeksu spółek handlowych. Okoliczność ta, jako okoliczność przyznana nie wymaga dowodu. Samo istnienie powiązań kapitałowo - osobowych nie wyklucza możliwości złożenia ofert przez wykonawców w ten sposób powiązanych, a sam fakt powiązań kapitałowo – osobowych nie świadczy o tym, że wykonawcy weszli w porozumienie dotyczące udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Izba zważyła, że w zaistniałym stanie faktycznym odwołujący nie wykazał, w szczególności nie przedstawił żadnego dowodu na to, że istnienie powiązań kapitałowo – osobowych pomiędzy PESA S.A. a ZNTK doprowadziło do porozumienia tych wykonawców w zakresie złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu. Samo zaoferowanie różnych wariantów dotyczących okresu gwarancji i ceny nie świadczy jeszcze o tym, że pomiędzy wykonawcami doszło do porozumienia, mającego na celu wyeliminowanie konkurencji, tym bardziej, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i do udziału w postępowaniu mógł przystąpić każdy wykonawca zainteresowany danym zamówieniem. Podsumowując, samo złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej nie stanowi podstawy do odrzucenia tych ofert, jeśli nie wykazano, że istniejące powiązania kapitałowo – osobowe doprowadziły do tzw. zmowy przetargowej.

Niezrozumiałym jest także twierdzenie, że w postępowaniu złożono jedną ofertę, na ten sam pojazd przez wykonawców powiązanych kapitałowo. Twierdzenie to nie znajduje oparcia w treści samych ofert, które proponują dwa różne elektryczne zespoły trakcyjne (21WE, Mińsk-3). Nie mamy również w tej sytuacji do czynienia, wbrew twierdzeniu odwołującego, z ofertą wariantową, przez którą należy rozumieć, zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy pzp, ofertę złożoną przez tego samego wykonawcę, proponującą odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia. Oferty złożone przez ZNTK i PESA S.A. to oferty złożone

przez dwa odrębne podmioty gospodarcze, wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy pzp.

Niezasadnym jest także twierdzenie odwołującego, że przez fakt istniejących powiązań kapitałowo - osobowych wykonawcy nie dysponują odpowiednim, wymaganym potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przez co zamawiający winien wykluczyć ZNTK z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Obaj wykonawcy (ZNTK i PESA S.A.) wykazali w złożonych przez siebie ofertach spełnienie wymagań co do potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....