

WYROK
z dnia 23 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: **Piotr Kozłowski**

Członkowie: **Emil Kawa**
Sylwester Kuchnio

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 września 2010 r. przez **„NEWAG” Spółka Akcyjna, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Województwo Podlaskie – Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, 15-888 Białystok, ul. Kardynała Wyszyńskiego 1**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **„NEWAG” Spółka Akcyjna, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczanego przez **„NEWAG” Spółka Akcyjna, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3.**

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Podlaskie – Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę dwóch spalinowych zespołów trakcyjnych – dwuczłonowych autobusów szynowych z napędem spalinowym.

13 września 2010 r. (pismem z 10 września 2010 r.) Odwołujący „NEWAG” S.A. z Zabrze – wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej również w skrócie „s.i.w.z.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, na skutek opisu przedmiotu zamówienia wskazującego w efekcie jedyne go dostawcę oraz wprowadzenie kryteriów oceny ofert faworyzujących jednego dostawcę.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień pkt. 15 s.i.w.z. poprzez: po pierwsze – uchylenie kryterium oceny ofert w oparciu o termin dostawy, po drugie – uchylenie kryterium oceny ofert w oparciu o rodzaj zastosowanej przekładni głównej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący podniósł między innymi następujące okoliczności.

Na 26 znanych Odwołującemu i przeprowadzonych w latach 2002-2009 przetargów, aż 23 rozstrzygnięte zostały na korzyść PESA S.A. lub podmiotów z grupy kapitałowej PESA S.A. Z ogólnej, wynoszącej łącznie 96, liczby SZT zamówionych w drodze przywołanych wyżej przetargów, wykonawcą 90 jak dotąd jest PESA S.A. lub podmioty z grupy kapitałowej PESA S.A. Zgodnie z posiadanymi danymi, wszelkie przetargi, których dostawa obejmuje okres, w jakim wykonawcy muszą wykazać się doświadczeniem w niniejszym postępowaniu rozstrzygnięte zostały na korzyść PESA S.A. lub podmiotów z grupy kapitałowej PESA S.A. Przetargi wygrane przez inne podmioty tj. ZNTK Poznań S.A. i „NEWAG” S.A. to ogłoszony 12 sierpnia 2004 r. wygrany przez ZNTK Poznań oraz ogłoszony 9 listopada 2009 r. wygrany przez „NEWAG” S.A. Wskazane wyżej wyniki plasują spółkę PESA S.A. na pozycji lidera wśród podmiotów z przedmiotowej branży, jej udział w sektorze dostaw SZT jest bezsprzecznie największy. Wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu 3-letni okres sytuuje ją jako podmiot, którego udział na krajowym rynku dostawy SZT wynosi 100 %. Nie istnieje bowiem inny podmiot, który w tym okresie czasu dostarczył pojazdy Zamawiającym.

Wskazuje to, że w tym segmencie rynku kolejowego mamy do czynienia z brakiem

Sygn. akt KIO 1960/10

konkurencji zarówno krajowej jak również zagranicznej. Polskie spółki, które na początku tego wieku produkowały autobusy szynowe zostały z tego rynku wyparte na skutek zmian rynkowych (Kolzam Racibórz) albo, jak ZNTK Poznań, na skutek pogarszającej się sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa zostały przez formułowane w każdym przetargu warunki doświadczenia, w sposób trwały wykluczone z tego rynku. Brak potencjalnych konkurentów zagranicznych wynika z kilku zasadniczych względów. Należą do nich w szczególności: mała skala powtarzalnych zamówień, niewielka liczba podmiotów zagranicznych posiadających w swojej ofercie autobusy szynowe, wysokie koszty polonizacji produktów zagranicznych przy stosunkowo dużej różnorodności, wysokie ceny i wysokie ryzyko kursowe oraz brak zaplecza technicznego niezbędnego do świadczenia usług serwisowych i utrzymania na odpowiednim poziomie.

W segmencie spalinowych zespołów trakcyjnych jedyny z wykonawców krajowych (Grupa Kapitałowa PESA S.A.) wykreował przez ilość swoisty „standard” autobusu szynowego. W wyniku braku konkurencji ze strony polskich i zagranicznych podmiotów, przy istniejącym corocznie popycie na pojazdy tego typu PESA począwszy od roku 2008 praktycznie bez ryzyka produkowała pojazdy „na magazyn wyrobów gotowych”. Całkowicie gotowymi lub zaawansowanymi w 90 lub więcej procentach pojazdami dominujący wykonawca, był w stanie w ciągu lat 2008/2009 wprowadzić swoistą barierę wejścia dla potencjalnych konkurentów tzw. terminową barierę wejścia.

Odwołujący podnosi, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem w produkcji autobusów szynowych w związku z realizacją zamówienia dla Województwa Pomorskiego. Wziąwszy powyższe pod uwagę stwierdza, że typowy czas produkcji dwuczłonowego autobusu szynowego wynosi ok. 6 miesięcy. Jego skrócenie jest możliwe jedynie przez wcześniejsze zaawansowanie produkcji pojazdów. Po statycznych rutynowych badaniach u wykonawcy pojazd trafia na badania homologacyjne do jednostki badawczej akredytowanej przy Urzędzie Transportu Kolejowego. Dostawa pojazdu może nastąpić w co najmniej pół roku od daty podpisania umowy. Równocześnie Odwołujący podnosi, fakt, że na rynku polskim w segmencie autobusów szynowych zdominowanym przez PESA SA, podmiot ów jako jedyny dostawca, wykreował swoisty „standard” PESA. Zważywszy na ewidentną przewagę rynkową, mając na względzie brak konkurencji podmiot ów począwszy od roku 2007 sukcesywnie skracał terminy dostaw pojazdów do Zamawiających. Rzeczywiste terminy dostaw były skracane w drodze aneksów do umów dostaw, dopuszczalnych przez ustawę pzp. Wziąwszy pod uwagę minimalnie półroczny okres potrzebny na wyprodukowanie pojazdu, jednoznacznie wynika, że PESA SA produkowała i produkuje pojazdy nie na konkretne zamówienia, ale na magazyn wyrobów gotowych, po to by z chwilą ogłoszenia postępowania jako jedyny podmiot była w stanie dostarczyć pojazdy w terminie nawet 13 tygodni od daty podpisania umowy. Strategia produkcji na magazyn wyrobów gotowych, skracanie terminów dostaw autobusów szynowych wymaganych przez Zamawiających, wielokrotne wnioski w postępowaniach składane przez PESA SA o podniesienie kar umownych prowadzą w konsekwencji do pojawienia się swoistej terminowej bariery wejścia dla innych wykonawców, którzy nie są w stanie skutecznie przystąpić do postępowań o udzielenie zamówienia. Co ważne

Sygn. akt KIO 1960/10

skracanie terminów dostaw wymagane przez Zamawiających lub ich zgoda na wnioski podnoszące kary umowne wnioskowane przez PESA SA, prowadzi do wniosku, że zamawiający ewidentnie preferują jednego dostawcę. Wprowadzanie bardzo krótkich terminów dostaw, poparte wysokimi karami umownymi za przekroczenie tychże nie pozwala innym poza podmiotem konkurencyjnym na skuteczne przystąpienie od postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Taką sytuację mamy również w przedmiotowym postępowaniu – Zamawiający akceptuje dostawę pierwszego pojazdu w terminie do dnia 15 marca 2011 r., a drugiego do 15 kwietnia 2011r., ale wprowadzone terminowe kryterium oceny ofert nosi ewidentne znamiona preferencji jedynego wykonawcy, który jest w stanie zaoferować pojazdy z krótszym terminem dostawy (punktowane w kryterium terminowe). W konsekwencji Zamawiający tym działaniem wyraźnie ograniczył konkurencję oraz nie zabezpieczył równego traktowania wykonawców, czym naruszył postanowienia art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający przy tym w żaden sposób nie wskazuje jaki jest powód wprowadzenia tego kryterium i jakie korzyści Zamawiający może osiągnąć poprzez skrócenie tegoż terminu. Skrócenie to zaś w efekcie nie będzie istotne i może wynosić w ocenie odwołującego maksymalnie ok. 3 miesiące. Tymczasem wykonawca oferujący krótszy termin dostawy może zaoferować cenę o niemalże 20 % wyższą niż konkurencja, a i tak, dzięki maksymalnej ocenie za termin dostawy, jego oferta będzie korzystniejsza. Zwrócenia uwagi wymaga przy tym, iż szacunkowa cena zamawianego pojazdu wynosi ok. 7 mln złotych, zatem oferent, będący w stanie skrócić termin dostawy, może podnieść cenę o ok. 1,5 mln zł w stosunku do konkurencji i wygrać przetarg. Zamawiający nie wskazuje przy tym, jakież to oszczędności przysporzy mu wcześniejsza dostawa, co ma dodatkowo zrekompensować znacznie wyższą cenę.

Zdaniem Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego kryterium terminowe wpisuje się doskonale w argumentację uzasadnienia uwzględniającego odwołania wyroku KIO w sprawie sygn. akt KIO/UZP 361/10 dotyczącego postępowania na dostawę jednej sztuki autobusu szynowego dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego.

Zamawiający wprowadził również kryterium oceny ofert pod kątem zaoferowanej przekładni głównej, którego waga wynosi również 20 %. Maksymalną liczbę punktów uzyska podmiot oferujący przekładnię główną hydrodynamiczną. Zamawiający co prawda wprowadził możliwość dostarczenia pojazdu z przekładnią równoważną, ale według najlepszej wiedzy Odwołującego nie istnieje przekładnia inna od hydrodynamicznej produkcji firmy Voith. Zatem tylko pojazd wyposażony w tę przekładnię może uzyskać maksymalną liczbę punktów. Tymczasem w chwili obecnej jedynym wykonawcą oferującą taki pojazd jest firma Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding w Bydgoszczy.

Żadna z firm zagranicznych do dnia dzisiejszego nie przystępowała do żadnego postępowania na dostawę autobusów szynowych ze względu na niewielką skalę zamówień tych pojazdów. W przedmiotowym postępowaniu na jeden pojazd szynowy z niemożliwym do realizacji przez podmioty zagraniczne terminem realizacji zupełnie wyklucza te podmioty z tego postępowania. Zatem również i wobec tego kryterium oceny ofert wykonawca Pojazdy Szynowe

Sygn. akt KIO 1960/10

PESA Bydgoszcz S.A. może zaoferować cenę o 20 % wyższą w stosunku do konkurencji, a jego oferta zostanie i tak uznana za najkorzystniejszą, wobec otrzymania maksymalnej liczby punktów za zastosowaną przekładnię główną.

Prawdą jest, że walory użytkowe przekładni hydrodynamicznej oraz hydromechanicznej są różne. Jednakże w dotychczasowych postępowaniach (poza jednym) żadna z tych przekładni nie była preferowana. Jest tak z tego względu, iż w praktyce zalety i wady tych przekładni się równoważą, a dodatkowo brak jest jakichkolwiek badań czy doświadczeń wskazujących, że któraś z tych przekładni jest lepsza czy to pod względem funkcjonalnym, czy też pod względem kosztów eksploatacji. Zatem są to w pełnym tego słowa znaczeniu rozwiązania równoważne. Brak jest zatem innego wytłumaczenia dla zastosowanego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert preferowanie jednego z wykonawców, tj. PESA Bydgoszcz.

Należy również zwrócić uwagę, iż patrząc łącznie na kryteria oceny ofert, możliwe do zaoferowania przez PESA Bydgoszcz terminy dostaw oraz fakt, iż firma ta jest jedynym producentem, który może zaoferować pojazd z przekładnią, która uzyska maksymalną liczbę punktów, już z samej mocy postanowień s.i.w.z. oferta PESA, przy tych samych cenach co konkurenci, będzie o 40 % korzystniejsza. Zatem aby konkurenci firmy PESA, w tym Odwołujący, mogli skutecznie ubiegać się o zamówienie, muszą zaoferować cenę o ponad 40 % niższą niż PESA, co z przyczyn obiektywnych jest niemożliwe.

21 września 2010 r. Zamawiający wniósł za pośrednictwem faksu do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, której treść udostępnił również Odwołującemu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania w części dotyczącej żądania uchylenia kryterium oceny ofert w oparciu o rodzaj zastosowanej przekładni głównej.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony zajęły następujące stanowiska: Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu, którego zasadności nie uznał w odpowiedzi na odwołanie, natomiast Odwołujący cofnął zarzut uwzględniony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jednocześnie wnosząc o uwzględnienie odwołania w pozostałym zakresie.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 września 2010 r. pod nr 2010/S 171-261969. Zamawiający zamieścił również ogłoszenie o

Sygn. akt KIO 1960/10

zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.wrotapodlasia.pl), na której udostępnił również s.i.w.z. W ogłoszeniu przewidziano trzy kryteria udzielenia zamówienia (wraz z podaniem ich wagi): cenę (60), termin dostawy (20) i rodzaj zastosowanej przekładni (20).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia znajdują się następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W pkt. 2 s.i.w.z. termin realizacji zamówienia określono w następujący sposób:

„Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminach: (a) dostawa pierwszego autobusu szynowego max do dnia 15.03.2011 r. (b) dostawa drugiego autobusu szynowego max do dnia 15.04.2011 r.”

W pkt. 15 s.i.w.z. kryteria oceny ofert określono w następujący sposób:

„Zamawiający ustala następujące kryteria wyboru i oceny ofert:

C - cena - znaczenie - 60%

C = punktowa ocena ceny ofertowej brutto może maksymalnie osiągnąć 100 punktów.

Punkty jakie otrzyma badana oferta w kryterium cena (C) będą liczone w następujący sposób:

$C = (\text{Cena minimalna brutto} / \text{Cena oferty badanej brutto}) \times 100$ [pkt.]

Uzyskane w ten sposób punkty, będą przemnożone przez wagę kryterium 60%.

D - termin dostawy - znaczenie - 20%

D = punktowa ocena deklarowanego terminu dostawy spalinowych zespołów trakcyjnych może maksymalnie osiągnąć 100 punktów.

Punkty jakie otrzyma badana oferta w kryterium termin dostawy (D) będą liczone w następujący sposób: $D = \text{DST} / \text{NDST} \times 100$ [pkt.]

Gdzie:

DST - Suma deklarowanego skrócenia terminu dostawy 2 pojazdów oferty badanej.

NDST - Najwyższa suma deklarowanego skrócenia terminu dostawy 2 pojazdów spośród badanych ofert.

Uzyskane w ten sposób punkty, będą przemnożone przez wagę kryterium 20%.

P - rodzaj zastosowanej przekładni głównej - znaczenie - 20%

P = punktowa ocena deklarowanego rodzaj zastosowanej przekładni głównej może maksymalnie osiągnąć 100 punktów.

Punkty jakie otrzyma badana oferta zostaną przyznane w następujący sposób:

- Przekładnia w której co najmniej jedno przełożenie jest załączane mechanicznie 0 pkt.
- Przekładnia w której wszystkie przełożenia są załączane obiegami hydraulicznymi 100 pkt.

Uzyskane w ten sposób punkty, będą przemnożone przez wagę kryterium 20%.

Łączna, punktowa ocena oferty [O] będzie obliczana według wzoru: $[O] = C + D + P$.

Sygn. akt KIO 1960/10

W załączniku nr 3 do s.i.w.z., stanowiącym druk formularza oferty:

- przewidziano miejsce na wpisanie łącznej ceny oferty brutto oraz odrębnie ceny brutto dla każdego z szynobusów;
- przewidziano odrębnie dla każdego z szynobusów miejsce na wpisanie deklarowanego czasu skrócenia terminu dostawy wyrażonego w dniach liczonych od dnia wskazanego jako maksymalny termin jego realizacji;
- przewidziano miejsce na wpisanie deklarowanego rodzaju zastosowanej przekładni głównej w oferowanych szynobusach.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania zawarte w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, a także złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia po 29 stycznia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp przez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób niedopuszczalny ograniczający konkurencję negatywnie może wpłynąć na realną możliwość uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia, a tym samym naraża go na szkodę z powodu niemożności uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych przez Odwołującego na rozprawie, Izba uznała, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Z przytoczonych w ustaleniach faktycznych sprawy postanowień s.i.w.z. dotyczących terminu realizacji zamówienia i kryteriów ocen, wynika, iż Zamawiający określając sztywnymi datami (15 marca i 15 kwietnia 2010 r.) nieprzekraczalne terminy dostawy każdego z dwóch szynobusów, jednocześnie preferuje ich jak najszybsze dostarczenie. W toku rozprawy Odwołujący

Sygn. akt KIO 1960/10

wyraźnie zazaczył, iż nie kwestionuje takiego sposobu ustalenia przez Zamawiającego maksymalnych terminów dostaw szynobusów, lecz wprowadzone dodatkowo kryterium oceny ofert w oparciu o termin dostawy, które będzie faworyzować wykonawcę, który zaoferuje najkrótszy termin.

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 5 pzp, zawierającym definicję legalną najkorzystniejszej oferty, zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wybiera jako najkorzystniejszą ofertę, która zawiera najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, albo też ofertę z najniższą ceną – jeżeli stosuje jako wyłączne kryterium cenowe. Wobec tego zamawiający mogą stosować w prowadzonych postępowaniach, według swego uznania, albo cenę jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, albo cenę wraz z innymi kryteriami oceny ofert, pod warunkiem, że te inne kryteria odnoszą się do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, co do zasady, kryterium terminu wykonania zamówienia jest dopuszczalne i nie narusza uczciwej konkurencji, gdyż stanowi klasyczne kryterium oceny odnoszące się do przedmiotu zamówienia służące wyborowi najkorzystniejszej oferty, które zostało wprost przewidziane w przykładowym wyliczeniu takich kryteriów zawartym w art. 91 ust. 2 pzp. Zdaniem Izby nie budzi również wątpliwości, iż określone w ramach tego kryterium zasady oceny lub ustalenie jego znaczenia w stosunku do obligatoryjnego w każdym postępowaniu kryterium ceny, może w konkretnych przypadkach zostać uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji. Może tak być w szczególności jeżeli ustalony dla tego kryterium sposób oceny nieproporcjonalnie premiuje najkrótszy termin wykonania zamówienia lub też jego waga została ustalona na poziomie równym kryterium ceny lub większym. Nawet jednak w takich przypadkach, nie można wykluczyć, iż kryterium terminu wykonania zamówienia nie będzie naruszało uczciwej konkurencji w okolicznościach faktycznych konkretnego postępowania.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, iż wprowadzenie przez Zamawiającego kryterium terminu dostawy, ani w aspekcie przyjętych zasad oceny, ani w aspekcie przyznanego mu znaczenia, narusza uczciwą konkurencję w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący ograniczył się przy tym do generalnego zakwestionowania dopuszczalności wprowadzenia w tym postępowaniu kryterium terminu realizacji zamówienia jako takiego, które z góry preferuje jednego wykonawcę – PESA S.A. z Bydgoszczy.

Odwołujący nie wykazał jednak, iż aktualnie na rynku zamówień publicznych dotyczącym dostaw szynobusów panuje taka sytuacja, iż samo wprowadzenie kryterium terminu wykonania zamówienia powoduje ograniczenie konkurencji przez preferowanie jednego podmiotu, który miał dotychczas największy udział w tym rynku. Co prawda przedstawiona w odwołaniu analiza wyników 26 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na przestrzeni lat 2004-2009 wskazuje, iż 24 razy wybrano ofertę PESA, jednak, jak to sam przyznał Odwołujący, nie została oparta na kompletnych danych. Nawet jednak uznanie za udowodnioną okoliczności pozycji PESA jako głównego gracza na krajowym rynku zamówień publicznych dotyczącym

Sygn. akt KIO 1960/10

szynobusów, nie może bezpośrednio rzutować na ocenę wprowadzenia przez Zamawiającego kryterium terminu dostawy w przedmiotowym postępowaniu jako naruszającego uczciwą konkurencję. Wprowadzone kryterium niewątpliwie premiuje wykonawców, którzy są w stanie skrócić wymagane maksymalne terminy dostawy szynobusów, jednak czyni to w sposób obiektywny i przejrzysty – każdy wykonawca, który zaoferuje skrócenie tych terminów, może uzyskać dodatkowe punkty, które zostaną przyznane proporcjonalnie do zaoferowanej sumy liczby dni takiego skrócenia w stosunku do największej zaoferowanej w postępowaniu. Również znaczenie przyznane temu kryterium – 20 %, choć niewątpliwie przy zbliżonych cenach może okazać się istotne dla rozstrzygnięcia postępowania, trudno uznać za nadmierne. Zdaniem Izby na taką zobiektywizowaną ocenę nie może wpływać złożona na rozprawie deklaracja Odwołującego, iż w razie złożenia oferty w postępowaniu nie zaoferuje żadnego skrócenia wymaganych terminów dostawy, gdyż nie byłby w stanie ich dotrzymać, w przeciwieństwie do PESA, która produkuje szynobusy nie na potrzeby konkretnych postępowań, lecz „na magazyn wyrobów gotowych”.

W ocenie Izby Odwołujący domagając się w taki sposób uchylenia kryterium terminu dostawy, kieruje się swoimi własnymi doraźnymi potrzebami a nie zobiektywizowanymi kryteriami uczciwej konkurencji i nie jest przy tym konsekwentny. Z jednej strony twierdzi w Odwołaniu, iż typowy czas produkcji od podstaw dwuczłonowego szynobusu wynosi około 6 miesięcy, z czego wywodzi, iż jego dostawa może nastąpić w co najmniej pół roku od podpisania umowy. Z drugiej strony, nie kwestionuje jednak sztywno ustalonych nieprzekraczalnych dat dostaw, a zważając, iż podpisanie umowy w ogłoszonym przez Zamawiającego przetargu nastąpi w najlepszym razie na początku listopada 2010 r. – tym samym godzi się na poniesienie ryzyka, iż termin ten, co najmniej w odniesieniu do pierwszego pojazdu, będzie z założenia krótszy niż 6 miesięcy. Jednocześnie Odwołujący nie zaprzeczył, iż zarówno w rozstrzygniętym już postępowaniu w województwie pomorskim, jak i w trwającym postępowaniu dla Województwa Opolskiego, zaoferował wykonanie szynobusów w krótszym niż 6 miesięcy terminie, w obu przypadkach rozpoczynając ich produkcję przed podpisaniem umowy, a w drugim przypadku nawet jeszcze przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Wynika z tego, iż Odwołujący zdecydował się w tych postępowaniach na podjęcie ryzyka rozpoczęcia produkcji szynobusów bez pewności, że uzyska zamówienia na ich dostawę, gdyż liczy, że taka strategia pozwoli mu jednak na ich uzyskanie przez zaoferowanie obok konkurencyjnej ceny równie konkurencyjnych terminów dostaw.

W ocenie Izby większa lub mniejsza zdolność danego wykonawcy do produkcji szynobusów na bieżąco, w tym „na magazyn wyrobów gotowych”, nie stanowi przesłanki przesądzającej, iż postępowanie o udzielenie zamówienia wprowadzające kryterium premiujące krótszy termin wykonania, dotknięte jest wadą naruszania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Po pierwsze, zdolność do poniesienia takiego ryzyka wynika z aktualnej kondycji ekonomiczno-finansowej i sposobu zarządzania danego, o które każdy wykonawca powinien dbać w swoim dobrze pojętym interesie możliwości sprostania konkurencji na rynku. Po drugie, wykonawca w większym stopniu podejmujący to ryzyko, musi je uwzględnić w kosztach

Sygn. akt KIO 1960/10

prowadzonej działalności, a intensyfikacja produkcji i trzymanie gotowych wyrobów w magazynie niewątpliwie wpływa na zwiększenie tych kosztów, a w konsekwencji może powodować konieczność oferowania wyższych cen w konkretnych postępowaniach. Wobec tego nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy analizy i wywody Odwołującego dotyczące postępów PESA w skracaniu oferowanych w postępowaniach w latach 2008-2010 terminów dostaw szynobusów, gdyż potwierdza to jedynie, iż wykonawca ten jest konsekwentny w przyjętej strategii prowadzonej działalności. Tym bardziej Izba nie dostrzega związku pomiędzy późniejszym skracaniem terminów dostaw w stosunku do podpisanych umów, a zarzutem naruszenia uczciwej konkurencji przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Najobszerniejszą część uzasadnienia odwołania stanowi przytoczenie obszernych fragmentów uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 361/10), uwzględniającego odwołanie NEWAG S.A., gdyż określone w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Lubuskie na dostawę 1 sztuki szynobusu kryterium terminu realizacji zamówienia naruszyło zasadę uczciwej konkurencji. Pomijając brak jakiegokolwiek formalnoprawnego związania składu orzekającego wyznaczonego do rozpatrzenia niniejszej sprawy orzeczeniem zapadłym w innej sprawie, zauważyć należy, iż podstawą jego wydania był zupełnie odmienny stan faktyczny. Zarówno bowiem sposób punktacji w ramach kryterium terminu realizacji zamówienia (zupełnie nieproporcjonalnie punktujący termin najkrótszy), jak i przyjęta waga tego kryterium (50 %) oraz okoliczności poprzedzające jego wprowadzenie (zastąpiło ono zniesiony w wyniku uznania protestu NEWAG wymaganie 3-miesięcznego okresu realizacji zamówienia) – nie pozwalają na przyjęcie przytaczanej przez Odwołującego argumentacji w niniejszej sprawie.

Izba zważyła, iż Zamawiający nie ma prawnego obowiązku uzasadniania wobec wykonawców wprowadzania innych kryteriów niż cenowe, w szczególności wykazywania jakie korzyści przyniesie mu skrócenie terminu dostawy i czy stać go wobec tego na prawdopodobne zapłacenie większej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Natomiast pomimo ogólności uzasadnień przedstawionych przez Zamawiającego w toku rozprawy, nie sposób zaprzeczyć, że możliwość wcześniejszego dysponowania chociaż jednym szynobusem jest korzystna z punktu widzenia prawidłowego wywiązywania się z ciężącego na nim obowiązku zapewnienia publicznego transportu zbiorowego w województwie.

Ustalona waga kryterium terminu dostawy na poziomie 20% oraz przyjęte zasady oceny ofert w tym kryterium, wobec równoczesnego zobowiązania się przez Zamawiającego do uchylenia kryterium rodzaju przekładni głównej z wagą 20%, nie pozwalają na stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu na dzień orzekania.

Mając powyższe na uwadze, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 1960/10

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisem § 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:

.....

Członkowie:

.....

.....