

Sygn. akt: KIO 2799/11

Sygn. akt: KIO 23/12

**WYROK**  
**z dnia 13 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Aneta Mlącka</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Jolanta Markowska</b> <b>Agata Mikołajczyk</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Mateusz Michalec</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 30 grudnia 2011 r. przez **Odwołującego** – NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,

B. w dniu 2 stycznia 2012 r. przez **Odwołującego** – Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Koleje Śląskie Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 7, 40-040 Katowice,

przy udziale **Wykonawcy** - SIGMA TABOR Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 84/86, 02-018 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2799/11 i KIO 23/12, po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

**A. w sprawie o sygn. akt: KIO 2799/11**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **unieważnienie czynności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w sprawie pn. Dostawa czternastu dwuczłonowych kolejowych składów spalinowych (nr KS/ZP/40/2011)**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Koleje Śląskie Sp. z o.o., ul. Wita

Stwosza 7, 40-040 Katowice i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** Koleje Śląskie Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 7, 40-040 Katowice, na rzecz **Odwołującego** NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

#### **B. w sprawie o sygn. akt: KIO 23/12**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **unieważnienie czynności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w sprawie pn. Dostawa czternastu dwuczłonowych kolejowych składów spalinowych (nr KS/ZP/40/2011)**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Koleje Śląskie Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 7, 40-040 Katowice, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Koleje Śląskie Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 7, 40-040 Katowice, na rzecz **Odwołującego** – Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 2799/11

Zamawiający Koleje Śląskie sp. z o.o. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa czternastu dwuczłonowych kolejowych składów spalinowych (nr sprawy: KS/ZP/40/2011) Ogłoszenie zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 28.12.2011 r. pod numerem 2011/S 249-405709.

Odwołujący NE WAG S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędne zastosowanie wskutek uznania, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w kontekście treści art. 40 ust. 2 i art. 47 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U.U.E.L.04.134.1) poprzez zastosowanie procedury negocjacyjnej (tryb zamówienia z wolnej ręki) i konsultacje tylko z jednym wykonawcą, art. 134 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez niezastosowanie jednego z trzech podstawowych trybów udzielania sektorowych zamówień publicznych tj. przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skoro na rynku poza wybranym Wykonawcą istnieją również inne podmioty, które są zdolne do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wszczęciu postępowania w sprawie zamówienia w trybie z wolnej ręki; nakazanie Zamawiającemu wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający zamierza udzielić zamówienia z wolnej ręki wskazując na przesłankę zawartą w art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych. W uzasadnieniu zastosowania tego trybu Zamawiający wskazał, iż jest Zamawiającym sektorowym w rozumieniu art. 132 ustawy z dnia 29.1.2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity z dnia 8.6.2010 r., Dz. U. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.), wobec czego korzysta z regulacji wynikających z przepisów szczególnych ustawy umieszczonych w Rozdziale 5. Do Zamawiającego zwrócił się z ofertą

przedstawiciel włoskiej firmy Railconsult srl. dotycząca sprzedaży 14 używanych spalinowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, wraz z usługami dodatkowymi: transportem, szkoleniem pracowników. Oferta ta jest ważna do 10.1.2012 r. Podmiot ten występował jako dystrybutor (sales agent) zagranicznego przewoźnika, który zamierza sprzedać część swego taboru. Przewoźnik w swoim piśmie skierowanym do Wykonawcy poinformował, że konieczne jest podjęcie szybkiej decyzji w przedmiocie zakupu, gdyż inne podmioty również są zainteresowane dokonaniem zakupu części taboru oraz potwierdził, że wskazana powyżej firma Railconsult jest dystrybutorem pojazdów należących do tego przewoźnika. Zamawiający dysponuje analizą rynku używanego taboru spalinowego w Europie, która jednoznacznie wskazuje, że obecnie w Europie nie ma tak dużej serii używanych pojazdów jednego producenta, które mogą zostać nabyte za cenę porównywalną do ceny wskazanej w ofercie i które można dopuścić do eksploatacji w Polsce na mocy decyzji Urzędu Transportu Kolejowego. Wobec powyższego Zamawiający uznał wyczerpanie przesłanek art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy i wszczął procedurę na dostawę w formie zakupu 14 spalinowych zespołów trakcyjnych w trybie z wolnej ręki.

Odwołujący wniósł odwołanie i podniósł, że w jego ocenie nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zarzut naruszenia art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Odwołujący wskazał, że okres trwania oferty tj. od dnia 7 grudnia 2011 r. do dnia 10 stycznia 2012 r. nie stanowi „bardzo krótkiego okresu”, skoro trwa on ponad 1 miesiąc. Jednocześnie budzi wątpliwość wskazany okres obowiązywania oferty, skoro data dostawy została wskazana dopiero na grudzień 2012 r. Zamawiający nie wykazał, że po dniu 10 stycznia oferta ta będzie już nieaktualna.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż pierwotnym sprzedającym pojazdy jest NS Financial Services Company z siedzibą w Dublinie, Irlandii. Wykonawcą jest więc pośrednik, nie zaś właściciel pojazdów, co z kolei wpływa na cenę sprzedawanych pojazdów - doliczoną prowizję pośrednika.

Odwołujący podniósł także, że zaoferowana cena nie jest znacząco niższa od cen rynkowych. Porównywane do badania rynku pojazdy nie były tożsame z pojazdami oferowanymi, dlatego przyjęcie ich do porównania jest nieuzasadnione. Zwrócił uwagę, iż Zamawiający nie przedstawił analizy porównania cen pojazdów, będących przedmiotem zamówienia, w odniesieniu do cen pojazdów nowych. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że oferowana cena jest znacząco niższa od rynkowej.

Odwołujący zauważył także, że w zakresie czynności transportu oraz szkolenia pracowników, nie zachodzą okoliczności udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Oferta dotycząca tych usług nie jest

ani wyjątkowo korzystna cenowo, ani nie obowiązuje w krótkim okresie czasu. W ocenie Odwołującego zastosowanie trybu wolnej ręki w odniesieniu do tej części zamówienia stanowi niedopuszczalne obejście przepisów w zakresie obowiązku stosowania co do zasady trybów konkurencyjnych.

II. Odwołujący zarzucił, że wbrew pro wspólnotowej wykładni przepisu art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie podjął konsultacji z innymi podmiotami zdolnymi wykonać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący wskazywał, że przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki implementują postanowienia Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U.UE.L.04.134.1). Procedury, o których mowa w Dyrektywie, obejmują obok przetargu ograniczonego i nieograniczonego - tryb negocjacyjny rozumiany jako procedura, w której „podmiot zamawiający konsultuje się z wybranymi przez siebie wykonawcami i negocjuje warunki zamówienia z jednym lub wieloma z nich” (art. 1 ust. 9c Dyrektywy). Odwołujący zarzucił więc Zamawiającemu, że wykładnia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych winna być dokonywana w zgodzie z postanowieniami Dyrektywy 2004/17/WE. Oznacza to, że o ile w trybie z wolnej ręki Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), to zobowiązany jest do konsultacji z większą ilością potencjalnych wykonawców, celem ustalenia zaistnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacyjnego. Okoliczność, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie transponuje w pełnym zakresie Dyrektywy nie oznacza, że może być stosowana wykładnia przeciwna brzmieniu postanowień Dyrektywy.

Zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający bezpodstawnie nie zastosował jednego z podstawowych trybów w odniesieniu do zamówień sektorowych tj. przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Odwołujący zarzucił, że wybór przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki narusza uczciwą konkurencję, gdyż eliminuje wszystkich potencjalnych oferentów, mogących wykonać przedmiotowe zamówienie. W niniejszym postępowaniu brak jest wyjątkowych korzyści dla Zamawiającego płynących z zastosowania trybu z wolnej ręki, gdyż oferta nie jest ani krótkotrwała, ani nie zawiera znacząco niższej ceny. Tym samym nie ma żadnego uzasadnienia dla zachwiania uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu

Sygn. akt: KIO 23/12

Odwołujący Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie, pomimo iż nie zostały spełnione wszystkie wymienione w nim przesłanki upoważniające zamawiającego sektorowego do skorzystania z niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego, art. 7 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez wybór niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego pomimo braku podstaw.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych.

Zdaniem Odwołującego nie zaszła żadna z okoliczności wymienionych w art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniająca zastosowanie trybu z wolnej ręki.

W ocenie Odwołującego, za szczególnie korzystną okoliczność nie może być uznane zgłoszenie się do Zamawiającego pośrednika oferującego sprzedaż taboru objętego zamówieniem. Okoliczność ta mogłaby być uznana za taką np. gdyby Zamawiający bezskutecznie próbował dokonać zakupu takich jednostek w innych trybach. Tymczasem zamawiający jak dotąd nigdy nie nabywał używanego taboru i w tym przedmiocie nie ogłaszał żadnego postępowania.

W ocenie Odwołującego nie jest także prawdą, aby na rynku taboru nie było możliwe nabycie większej ilości używanego taboru spalinowego. Tabor taki jest dostępny u pośredników trudniących się sprzedażą używanego taboru, jak również sami przewoźnicy sprzedają posiadany tabor w odpowiedzi na ogłaszane postępowania.

Odwołujący przytoczył przykłady nabycia dużej ilości używanego taboru różnego typu przez zamawiających sektorowych w trybach konkurencyjnych, w tym zamówienie na dostawę używanych wagonów tramwajowych prowadzone przez Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku, ogłoszenie o zamówieniu Dz. Urzędowy UE 2007/S 103-127353, zamówienie na dostawę używanych wagonów tramwajowych prowadzone przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne SA w Krakowie, ogłoszenie o zamówieniu Dz. Urzędowy UE 2007/S 103-127353, zamówienia na dostawę używanych spalinowych zespołów trakcyjnych prowadzone przez Przewozy Regionalne Sp. z o.o., ogłoszenie o zamówieniu Dziennik Urzędowy UE 2011/S 250-408762.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż występowanie szczególnie korzystnych okoliczności powinno trwać krótki czas. W niniejszej zaś sprawie krótki czas został ustalony przez oferenta, który również „stworzył” szczególnie korzystne okoliczności poprzez złożenie oferty Zamawiającemu. Nie wiadomo kiedy dokładnie oferta została złożona Zamawiającemu i tym samym, czy rzeczywiście nie było możliwe w tym czasie przeprowadzenie postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z danymi podanymi w sekcji II pkt 11.2.1) wartość zamówienia wynosi 17.220.000,00 €, co oznacza, że cena 1 szt. używanego taboru wraz z transportem i szkoleniem pracowników wynosi 1.230.000,00 €. Do tej ceny trzeba dodać, że dostosowanie takiego taboru do eksploatacji na terenie Polski to kolejne 300.000,00 - 400.000,00 zł. Taka cena za 1 sztukę używanego taboru nie daje, zdaniem Odwołującego, powodu do twierdzenia, iż zostaje spełniona wymagana przesłanka zaistnienia możliwości udzielenia zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych. Odwołujący wskazał, że cena 1 sztuki nowego dwuczłonowego spalinowego zespołu trakcyjnego wynosi od 8.200.000 zł do 9.500.000 zł, co powoduje, że cena ok. 10 - 20 letniego taboru, która po przeliczeniu wg średniego kursu euro w NBP z dnia 02.01.2012 r. godz. 13.00 tj. 4,4640 zł za 1 euro wynosi 5.490.720,00 zł, jest zaledwie o ok. 30 % niższa od ceny taboru nowego oferowanego przez polskich producentów wraz z pakietem usług dodatkowych i kilkuletnią gwarancją. Powyższe wskazuje, że zaproponowana Zamawiającemu cena nie jest znacząco niższa od ceny rynkowej taboru nowego, a tym bardziej taboru używanego.

W świetle przedstawionych wyżej argumentów, w ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy pzp.

Dodatkowo Odwołujący podkreślał, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem KIO, to na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia przesłanek uprawniających go do zastosowania trybu z wolnej ręki.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 7 ustawy Pzp, który nakazuje dbałość o zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający swym postępowaniem zmierza do wyeliminowania jakiegokolwiek konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Odwołującego do postępowania o sygnaturze akt KIO 2799/11 i KIO 23/12 zgłosił wykonawca Sigma Tabor sp. z o.o. Izba oddaliła opozycję Zamawiającego względem zgłoszenia przystąpienia z uwagi na fakt, iż w ocenie Izby Przystępujący w sposób należyty wykazał interes w przystąpieniu do postępowania. Jest jednym z potencjalnych wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu konkurencyjnym



ogłoszonym przez Zamawiającego. Fakt, iż nie jest on producentem taborów spalinowych, nie oznacza, iż nie ma możliwości dostarczać tego rodzaju pojazdów, co Przystępujący potwierdził składając Zamawiającemu ofertę w zakresie pojazdów spalinowych. Fakt, czy Przystępujący dysponuje taborem o parametrach równoważnych do pojazdów Lint 41 nie ma znaczenia w sprawie, gdyż Zamawiający nie ogłosił przetargu nieograniczonego (lub ograniczonego), nie wskazał oczekiwanych parametrów, zatem sam Zamawiający nie stworzył możliwości oceny tego rodzaju sytuacji. Na tę chwilę interes Przystępującego należy zatem rozumieć w sposób szeroki, jako podmiot potencjalnie mogący występować w procedurze przetargowej.

Sygn. akt: KIO 2799/11

Sygn. akt: KIO 23/12

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący posiadają interes prawny we wniesieniu odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują również innemu podmiotowi niż Wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W odniesieniu do trybów niekonkurencyjnych, podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania jest każdy podmiot, który ma potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący mają potencjalną możliwość dostarczenia Zamawiającemu pojazdów, o parametrach równoważnych z będącymi przedmiotem zamówienia. Wskutek wyboru przez Zamawiającego niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, Odwołujący zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty, co stanowi o możliwości poniesienia szkody. Istnieje możliwość, że przy zastosowaniu trybu konkurencyjnego, oferta jednego z Odwołujących okazałaby się najkorzystniejsza. Interes Odwołujących winien być rozumiany możliwie szeroko. Na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe wykazanie interesu w sposób bardziej skonkretyzowany, wystarczające w okolicznościach niniejszej sprawy jest wskazanie na potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Przepis ten wyraża zasadę prymatu trybów przetargowych (otwartych) nad innymi trybami udzielania zamówień publicznych. Prowadzenie postępowań w tych

trybach zapewnienia zachowanie zasady konkurencyjności, jawności postępowania oraz powszechności dostępu wykonawców do zamówień finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia w innym trybie niż przetarg nieograniczony, czy przetarg ograniczony, tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przesłanki zaś stosowania nieprzetargowych trybów udzielania zamówień publicznych muszą być interpretowane ściśle. Zastosowanie trybu udzielenia zamówienia publicznego innego niż tryb przetargowy nieograniczony lub ograniczony jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne zamówienia wpisują się ściśle w przesłanki dopuszczalności zastosowania określonego trybu szczególnego. Udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest więc możliwe do zastosowania tylko w ściśle określonych okolicznościach, wymienionych enumeratywnie w przepisach ustawy. Również artykuł 134 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi o podstawowych trybach udzielenia zamówienia sektorowego i jako tryby podstawowe zostały przywołane przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem. Art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, iż zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych. Artykuł ten określa więc niezbędne przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, tj.

- 1) zaistnienie trwających przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnych warunków,
- 2) możliwość udzielenia zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych.

W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki na podstawie art. 134 ust 6 pkt. 2.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż nie zaistniała pierwsza z przesłanek, o których mowa w powyższym artykule, tj. zaistnienie trwających przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnych warunków. W ocenie Izby nie można mówić, aby zaistniały szczególnie korzystne okoliczności. Za tego rodzaju okoliczności można uznawać szczególne, nieprzewidziane zdarzenia, o wyjątkowym charakterze, istniejące tylko tu i teraz. Nie można jednak za taką okoliczność w żadnym wypadku uznać sytuacji, w której do Zamawiającego zgłosił się wykonawca, pośrednik oferujący sprzedaż taboru objętego zamówieniem. Zdarzenia te powinny bowiem wystąpić obiektywnie, niezależnie od osoby i potrzeb Zamawiającego. Za takie zdarzenie nie może zostać uznane ukierunkowane działanie podmiotu trzeciego, którego celem jest dokonanie sprzedaży na rzecz Zamawiającego.

Ponadto w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, aby warunki, które uznał za szczególnie korzystne obowiązywały przez krótki okres czasu. Należy zauważyć, iż nie jest pewny okres

trwania oferty, wskazywany przez Zamawiającego tj. od dnia 7 grudnia 2011 r. do dnia 10 stycznia 2012 r. W tym miejscu należy podnieść okoliczność, iż Zamawiający nie wykluczył, że oferta będzie obowiązywała po terminie 10 stycznia 2012r. Jak wynikało z wypowiedzi Zamawiającego oraz treści przedstawionego pisma z dnia 9 stycznia 2012r., pochodzącego od dostawcy, oferta została przedłużona dla Zamawiającego (aż do 17 stycznia br.). Co więcej, w dniu rozprawy, tj. 12.01.2012r., a więc już 2 dni po rzekomym upływie okresu obowiązywania oferty, oferta była zamieszczona na stronie internetowej dostawcy jako obowiązująca. Okoliczności tej Zamawiający nie zaprzeczył. Zamawiający nie wykazał więc, że po dniu 10 stycznia 2012r. oferta ta będzie już nieaktualna. W świetle powyższego należy uznać, iż Zamawiający nie wykazał krótkotrwałości szczególnych okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o artykuł 134 ust. 6 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co więcej, wątpliwość budzi wskazany okres obowiązywania oferty, skoro data dostawy została wskazana dopiero na grudzień 2012 r. Zamawiający wskazywał w trakcie rozprawy, iż dostawy szynobusów powinna nastąpić nie później niż do dnia 8 grudnia 2012r. Związane jest to z chęcią reaktywacji przez Zamawiającego pod koniec 2012 roku osobowych przewozów pasażerskich na trasie Tychy – Bieruń – Oświęcim. Zgodnie jednak z listem NS NFC (właściciela szynobusów, które Zamawiający zamierza nabyć) termin dostawy szynobusów został określony na koniec 2012 r./początek 2013r. Takie określenie terminu wcale nie gwarantuje dostawy w wymaganym przez Zamawiającego terminie do dnia 08.12.2012r. Nadto Odwołujący Newag S.A. wskazał, iż jest w stanie dostarczyć część pojazdów nowych, nieużywanych już z końcem 2012 roku.

Z powyższych okoliczności wynika, że nie można uznać, że zaszły szczególnie korzystne okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, skoro w terminie dostawy pojazdów używanych Zamawiający mógłby otrzymać pojazdy nowe, np. zaoferowane przez Odwołującego.

W zakresie drugiej z przesłanek art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał jej spełnienia. Izba podziela pogląd, iż jedną z form weryfikacji cen rynkowych jest przeprowadzenie procedury w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. W niniejszej sprawie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż zamierzał wcześniej dokonać zakupu 28 używanych pojazdów od tego samego przewoźnika. Z tego oświadczenia Zamawiającego wynika, że istniała już wcześniej możliwość przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, skoro Zamawiający zamierzał dokonać takiego zakupu i przygotowywał się do niego. Przeprowadzenie postępowania w jednym z trybów przetargowych umożliwiłoby Zamawiającemu zweryfikowanie zarówno cen rynkowych, jak również ustalenie zakresu rynku wtórnego szynobusów w Europie i na rynku rodzimym. Nie bez znaczenia jest tutaj fakt, iż na rynku rodzimym istnieją wykonawcy,

którzy mogą zaoferować pojazdy nowe, nieużywane, w konkurencyjnej cenie. Nie jest bowiem przesądzone, iż oferta pojazdów nowych nie mogłaby być konkurencyjna w stosunku do oferty pojazdów używanych. Okoliczność ta może zostać zweryfikowana po zastosowaniu jednego z trybów przetargowych do nabycia pojazdów.

Zamawiający oświadczył, iż pośrednik Railconsult s.r.l. nie przystąpiłby do ogłoszonego przetargu nieograniczonego (lub ograniczonego), gdyż zgodnie z jego wiedzą, nie bierze on udziału w tego rodzaju postępowaniach. Powyższe jednak zdaniem Izby nie dowodzi, iż nie istnieją inne firmy mogące zaoferować Zamawiającemu wymagany przez niego tabor. Powyższe potwierdza także oświadczenie Przystępującego, wskazujące na postępowania ogłoszone przez innych Zamawiających sektorowych w przedmiocie dostawy taboru szynobusów spalinowych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, iż samo pojawienie się na rynku wtórnym oferty sprzedaży szynobusów jest wyjątkowo korzystną okolicznością. Jednakże Zamawiający przyznał, iż kilka miesięcy wcześniej próbował dokonać zakupu u tego samego dostawcy. Powyższe oznacza, w ocenie Izby, iż na rynku pojawiają się oferty tego rodzaju, nie są to więc okoliczności nadzwyczajne. Oferta tego dostawcy nie jest więc wyjątkową i niepowtarzalną okazją zakupu pojazdów.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż pierwotnym sprzedającym pojazdy jest NS Financial Services Company z siedzibą w Dublinie, Irlandii. Wykonawcą jest więc pośrednik, nie zaś właściciel pojazdów, co z kolei wpływa na cenę sprzedawanych pojazdów - doliczoną prowizję pośrednika za doprowadzenie do sprzedaży pojazdów. Powyższe w ocenie Izby potwierdza przypuszczenie, że oferowana Zamawiającemu cena pojazdów nie jest ceną nadwyraz korzystną, a taki jest wymóg wynikający z art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że okres jednego miesiąca obowiązywania oferty musi zostać uznany za niezwykle krótki, jeśli uwzględni się konieczność przeprowadzenia badania rynku celem ustalenia, czy cena jest znacząco niższa oraz przeprowadzenia negocjacji warunków kontraktu. Z tych stwierdzeń Zamawiającego jednoznacznie wynika, że oferowana Zamawiającemu cena nie może zostać uznana za cenę wyjątkowo korzystną, skoro określenie poziomu tej ceny w stosunku do cen rynkowych wymaga przeprowadzenia dodatkowych badań. Tymczasem określony w art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp wymóg, aby cena była znacząco niższa oznacza, że wyjątkowa atrakcyjność tej ceny dla Zamawiającego powinna być oczywista bez konieczności przeprowadzania dodatkowych badań.

Zamawiający podnosił, że szynobusy innych producentów, w tym polskich, wykazują się znacznie wyższym stopniem awaryjności niż szynobusy Alstom Lint, które zamierzał kupić. Izba wskazuje jednak, że Zamawiający zamierzał kupić pojazdy używane. Potwierdzenie więc niższej awaryjności pojazdów, jakie zamierzał kupić Zamawiający wymagałoby przeprowadzenia

dokładnych badań technicznych każdego egzemplarza taboru spalinowego, z uwzględnieniem m.in. takich okoliczności jak stan techniczny, przebieg, sposób serwisowania itd. Stwierdzenie takich okoliczności wymagałoby długotrwałych badań, których przeprowadzenie wykluczają przesłanki określone w art. 134 ust. 6 pkt 2 Pzp.

W świetle powyższego Izba oddaliła wniosek o powołanie biegłego co do ustalenia okoliczności ustalenia, czy oferowana przez Railconsult s.r.l. jest znacząco niższa od ceny rynkowej. Cena, o której mowa w art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp powinna być obiektywnie znacząco niższa od cen rynkowych bez konieczności stwierdzenia tego faktu przez biegłego. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby fakty niezbędne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy zostały stwierdzone na podstawie innych dowodów i oświadczeń stron.

W świetle powyższych rozważań, Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 134 ust. 6 pkt 2, 134 ust. 1, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający bezpodstawnie nie zastosował jednego z podstawowych trybów w odniesieniu do zamówień sektorowych tj. przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Tym samym można uznać, iż bezpodstawni wybór przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w miejscu trybów konkurencyjnych, naruszył uczciwą konkurencję, poprzez eliminację wszystkich potencjalnych oferentów, mogących wykonać przedmiotowe zamówienie.

Izba zauważa, iż w polskim systemie prawa Zamawiający zobowiązany jest do stosowania polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych. Postanowienia dyrektywy mają na celu harmonizowanie krajowych porządków prawnych. Procedura zamówienie z wolnej ręki przewidziana na gruncie prawa polskiego jest trybem niekonkurencyjnym, której przesłanki zostały powtórzone za dyrektywą. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje także prowadzenia konsultacji z wieloma wykonawcami w ramach procedury zamówienia z wolnej ręki.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....