

**WYROK**  
**z dnia 31 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Grzegorz Matejczuk

**Członkowie:** Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2014 r. przez Odwołującego - **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o., ul. Składowa 5, 61-897 Poznań**

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

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego - Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** - kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dzierżawa 4 (czterech) sztuk dwuczłonowych spalinowych zespołów trakcyjnych wraz z opcją ich zakupu po upływie okresu dzierżawy”, nr: KW-P-31/2014.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2014 r., pod poz. 2014/S 192-339736.

W dniu 17 października 2014 r., Odwołujący – Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 7 ust. 1 Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez określenie wymogu, co do ceny w sposób narzucający zaoferowanie ceny usługi poniżej jej kosztów.

Odwołujący wskazał, że kwestionowane postanowienia SIWZ bezpodstawnie uniemożliwiają udział w przedmiotowym postępowaniu, jak i naruszają prawo wykonawcy do uzyskania od Zamawiającego rynkowej ceny za wykonanie zamówienia.

Na podstawie powyższych zarzutów, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ, tj.:

- a) pierwszego zdania pkt 1.16 Załącznika nr 2 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia, Wymagania techniczne, Uwagi wstępne” z obecnej treści brzmienia:  
*„Zamawiający wymaga uzyskania dokumentu wydanego przez Eisenbahn Bundesamt (EBA) zezwalającego na eksploatację pojazdów na terytorium Republiki Federalnej Niemiec dla dostarczonego typu pojazdu do 31.05.2015 r.”*

Na brzmienie

*„Zamawiający wymaga uzyskania dokumentu wydanego przez Eisenbahn Bundesamt (EBA) zezwalającego na eksploatację pojazdów na terytorium Republiki Federalnej Niemiec dla dostarczonego typu pojazdu do 31.05.2017 r.”*

- b) skreślenie w Załączniku nr 2 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia, Wymagania techniczne, Uwagi wstępne” pkt 1.16 ppkt b wymogu przedłożenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana przed podpisaniem umowy dokumentów potwierdzających możliwość eksploatacji pojazdu na terenie Republiki Federalnej Niemiec tj. ekspertyz potwierdzonych przez uznanego przez Eisenbahn Bundesamt (EBA) eksperta dla co najmniej 4 (czterech) obszarów wg. VVIBG Fahrzeuge (Verwaltungsvorschrift für die Genehmigung zur Inbetriebnahme von Eisenbahnfahrzeugen) stwierdzające możliwość uzyskania dokumentu, o którym mowa w ppkt a) w terminie określonym w pkt. 1.16.
- c) zmianę wskazanego w Rozdziale 4 pkt. 2 SIWZ wymaganego terminu dostawy trzech pierwszych pojazdów na następujący: w terminie nie później niż do 31 maja 2015 roku. Dostawa czwartego pojazdu w terminie nie później niż do 31 sierpnia 2015 roku.
- d) skreślenie w ustępie B Termin dostawy w Rozdziale 14 Opis Kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował... (kryteria oceny ofert) kryterium terminowego z wagą 10% i zmianę w ustępie A Cena brutto tego samego rozdziału wagi kryterium cenowego na 100%.
- e) skreślenie pkt 2.6 w Rozdz. 13 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym Zamawiający ograniczył łączną wartość czynszu dzierżawnego brutto do kwoty 4.3% wartości oferty brutto, celem pozostawienia wykonawcom całkowitej swobody w określeniu wysokości zarówno łącznego czynszu brutto jak również ceny wykupu pojazdów w przypadku skorzystania z przysługującej zamawiającemu opcji.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że według najlepszej wiedzy Odwołującego, na europejskim rynku dostawców spalinowych zespołów trakcyjnych, posiadających na dzień ogłoszenia postępowania dopuszczenie do eksploatacji na terytorium Niemiec, działały dwie firmy: Stadler Bussnang oraz Alstom Transport. Pierwsza z nich oferuje na tym rynku pojazdy RegioShutter 1 (są to pojazdy wyłącznie jednoczłonowe) druga natomiast pojazdy z rodziny LINT (w której gronie znajdują się pojazdy dwuczłonowe, podobne do wymaganych w przedmiotowym postępowaniu). Do dnia ogłoszenia postępowania trzeci potencjalny producent Spółka PESA, znajduje się w końcowej fazie badań dopuszczających do eksploatacji na rynku niemieckim pojazdów rodziny LINK. Na dzień ogłoszenia postępowania PESA nie posiadała pojazdu dwuczłonowego, który zostałby dopuszczony do eksploatacji na terenie Republiki Federalnej Niemiec. Żaden z zagranicznych producentów do dnia ogłoszenia postępowania nie uczestniczył w żadnym postępowaniu w Polsce, nie złożył

żadnej oferty i nie dysponuje pojazdem, który posiadałby dopuszczenie do eksploatacji na terenie Polski, a spełniałby wymagania opisane w SIWZ. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, żaden z producentów zagranicznych nie rozpoczął nawet procedury dopuszczenia do eksploatacji pojazdów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W efekcie powyżej opisanego stanu faktycznego, obecnie wyłącznie PESA, jako producent dysponujący dopuszczeniem do eksploatacji wymaganych specyfikacją techniczną pojazdów na terenie Polski i finalizujący stosowne dopuszczenie na terenie Niemiec może, przy pierwotnym brzmieniu SIWZ, spełnić wymagania postępowania i złożyć skuteczną ofertę w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał następnie, że w Polsce istnieje dwóch producentów pojazdów, które spełniają wymagania niniejszego postępowania. Są to Pesa SA. oraz Odwołujący. Pozycja rynkowa PESA w tym segmencie rynkowym jest dominująca. PESA wygranymi w roku 2012 dwoma postępowaniami w województwach zachodniopomorskim i lubuskim z bardzo podobnymi wymaganiami, wykreowała swoisty standard pojazdów tego typu. Wnioskodawca wskazał, że opis techniczny pojazdów będących przedmiotem niniejszego postępowania odpowiada wymaganiom technicznym z dwóch poprzednich postępowań.

Odwołujący wyjaśnił także, iż rozpoczął przygotowania do uzyskania dopuszczenia produkowanych przez siebie pojazdów do eksploatacji na rynku niemieckim. Jednakże faza przedmiotowych przygotowań uniemożliwia Odwołującemu skuteczne przystąpienie do postępowania i zaoferowanie pojazdu z dopuszczeniem na rynek niemiecki zgodnie z aktualnymi wymaganiami SIWZ.

Zważywszy na powyższe, Odwołujący podkreślił, że zawarte w pierwotnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania redukują grono potencjalnych wykonawców do jednej firmy - PESA SA. Jedynie bowiem ten wykonawca według najlepszej wiedzy Odwołującego może dysponować spalinowymi zespołami trakcyjnymi pochodzącymi z kontraktu dla Netinery - niemieckiego prywatnego operatora pasażerskiego w liczbie trzech sztuk, które PESA może dostarczyć w ciągu trzydziestu dni od daty podpisania umowy. Co ważniejsze Wykonawca ten nie będzie w stanie dostarczyć do dnia podpisania umowy dokumentu dopuszczającego do eksploatacji tych pojazdów na terenie Niemiec, ale będzie w terminie podpisania umowy pozytywne wyniki badań w czterech obszarach wymagań zawartych w dokumencie VVIBG wskazującymi na możliwość otrzymania dokumentu dopuszczającego go eksploatacji na terenie Republiki Federalnej Niemiec. Zważywszy na powyższe Odwołujący wskazał, że wyłącznie PESA jest w stanie spełnić wymagania, zaś objęte niniejszym odwołaniem postanowienia SIWZ wydają się być „skrojone” na miarę możliwości firmy PESA, tak co do terminu dostawy pojazdów, jak i terminu dostarczenia świadectw dopuszczenia na rynek niemiecki. Obecne postanowienia SIWZ de facto wskazują PESA jako jedynego dostawcę, który spełni wymagania Zamawiającego w odniesieniu do terminu dostarczenia świadectwa dopuszczenia do

eksploatacji na terenie Niemiec, dostarczenia pozytywnych wyników badań w czterech obszarach wynikających z dokumentu VVIBG oraz dostarczenia czterech pojazdów ciągu 30 dni od daty podpisania umowy. Ukształtowane w ten sposób przez Zamawiającego wymagania postępowania naruszają dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, która obliguje Zamawiającego do przeprowadzania postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odnosząc zarzutów dotyczących postanowień SIWZ w zakresie czynszu dzierżawy, Odwołujący wskazał, że w ramach przeprowadzonych w roku 2012 postępowań przetargowych, w szczególności na leasing jedno i dwuczłonowych spalinowych zespołów trakcyjnych, na rynku ukształtowała się rynkowa wysokość czynszu zawierająca wszystkie proporcjonalnie do okresu leasingu koszty wyprodukowania, koszty finansowania leasingu oraz stosowny do tego zysk dla pojazdów dwuczłonowych w wysokości ok. 80 tys. miesięcznie. Porównując tę kwotę do miesięcznej maksymalnej raty czynszu w przedmiotowym postępowaniu, która zamknie się w kwocie ok. 20 tys. złotych, Odwołujący wskazał na fakt, że Zamawiający bezprawnie ograniczył na poziomie rażąco niskim wysokość czynszu dzierżawnego, kształtując ją w sposób bezpodstawny.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie jest w tym postępowaniu zobligowany do nabycia pojazdów, ma bowiem wyłącznie możliwość skorzystania z przysługującego mu prawa opcji. Dlatego też narzucenie przez Zamawiającego w SIWZ proporcji ceny za dzierżawę pojazdów przez okres dwóch lat do ceny za nabycie pojazdów w wysokości 4,3 %, przy jednoczesnym braku gwarancji zakupu pojazdów po okresie dzierżawy, stanowi o narzuceniu przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł przy tym, że cykl życia pojazdu zamawianego w niniejszym postępowaniu wynosi średnio 25 lat. Oznacza to, że dzieląc cenę pojazdu przez ilość lat cyklu życia pojazdu, otrzymujemy roczną amortyzację (faktyczną) pojazdu na poziomie 4%, czyli za dwa lata dzierżawy wyniesie ona 8 %. Tymczasem Zamawiający oczekuje czynszu na poziomie 2,15 % rocznie, czyli 4,3 % za dwa lata. Niezależnie od tego wskazać należy, że wykonawca, dostarczając pojazd, musi sfinansować jego budowę, co również stanowi o koszcie na poziomie kilku procent rocznie (licząc od wartości całego pojazdu). Dodatkowo cena rynkowa pojazdu po okresie dzierżawy, w przypadku nie dokonania zakupu przez Zamawiającego, będzie znacząco niższa niż różnica pomiędzy wartością nowego pojazdu a dwuletnim czynszem ( $100\% * 4,3\% = 95,7\%$ ). Zatem w razie nie odkupienia pojazdu przez Zamawiającego, wykonawca musi dodatkowo pokryć koszt spadku wartości rynkowej pojazdu. Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że narzucenie przez Zamawiającego górnej granicy czynszu na poziomie 4,3 % wartości nowego pojazdu jest de facto narzuceniem rażąco niskiej ceny, nie tylko rażąco niższej niż cena rynkowa, ale również ceny nie pokrywającej kosztów realizacji zamówienia. Oznacza to wprost naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 Ustawy oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust.

1 pkt. 2) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którymi zamawiający ma stać na straży uczciwej konkurencji w postępowaniu, m. in. poprzez niedopuszczenie do skutecznego oferowania w postępowaniu rażąco niskiej ceny. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie spełnia tego obowiązku, a wręcz przeciwnie, zmusza potencjalnego wykonawcę do zaoferowania rażąco niskiej ceny w postępowaniu. Zważywszy na powyższe Odwołujący wniósł o wykreślenie wymogu maksymalnej wysokości łącznej sumy czynszu dzierżawnego w wysokości 4,3% wartości oferty brutto.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiła spółka Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. spółkę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W toku postępowania Odwołujący podtrzymał odwołanie w całości.

Wskazano m.in., że dokonana modyfikacja SIWZ jest niezadowalająca oraz, że nadal jest preferowany jeden wykonawca. Dla wykazania wysokości cen rynkowych Odwołujący złożył dowody w postaci ofert, w tym oferty Przystępującego, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znak: KS/ZP/25/2012, podkreślając, że oferowano wówczas czynsz w kwotach 80, a nawet 110 tys. zł. W odniesieniu do niniejszego postępowania Odwołujący podniósł, że zmiana prognozy do 8% pozwoli na uzyskanie czynszu w wysokości ok. 50 tys. zł, co nadal jest zbyt niską wartością, nie będącą ceną ekonomiczną. Argumentowano następnie, że we wrześniu 2011 r. Przystępujący podpisał kontrakt z firmą Netinera i rozpoczął już produkcję pojazdów podobnych do tych wymaganych w tym postępowaniu, natomiast trzy pojazdy już wyprodukowane nie zostały dostarczone, gdyż nie uzyskały wymaganych pozwoleń i są to pojazdy, które Przystępujący będzie mógł zaoferować obecnie Zamawiającemu. Na okoliczność, że pojazdy o typie 600, wyprodukowane w liczbie 3 sztuk, przechodziły badania w roku 2013, pozostają własnością Przystępującego, który dostarcza do firmy Netinera pojazdy o innym typie (632), oraz na okoliczność, że żaden z tych pojazdów nie posiada dopuszczenia do eksploatacji na rynku niemieckim Odwołujący złożył dowody w postaci wydruków internetowych ze zdjęciami pojazdów, z informacją o testach Linków dla Netinera oraz w postaci artykułu branżowego pt. „Rodzina Link rozwija się”.

Odwołujący podniósł także, że brak jest wiarygodnych dokumentów, zarówno u Zamawiającego, jak i właściwych organach województwa wielkopolskiego, wskazujących na zamiar uruchomienia połączeń z terytorium Niemiec

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W toku postępowania Zamawiający, wskazując na fakt modyfikacji treści SIWZ z dnia 17 października 2014 r. podniósł, że część zarzutów nie jest aktualna. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego terminu uzyskania dokumentu zezwalającego na eksploatację pojazdów na terenie Republiki Federalnej Niemiec podkreślono, że co do zasady dokonana modyfikacja w dużej części zaspokaja żądania Odwołującego. Wskazano przy tym, że przedmiotowa modyfikacja została dokonana przed powzięciem informacji o wniesionym odwołaniu.

Podniesiono także m.in., że zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 Pzp nie mają zastosowania na tym etapie postępowania, Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów, które odnoszą się do czynności wykonawcy. Podkreślono brak zarzutu wobec kryteriów oceny ofert, jak również wskazano, że termin dostaw jest kryterium, które nie jest kwestionowane jako dopuszczalne, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Zamawiający zakwestionował ponadto twierdzenia, że treść SIWZ uprzywilejowuje jednego wykonawcę. Jednocześnie, Zamawiający podkreślił, że kwestionowane zapisy SIWZ, w szczególności, co do terminu wydania pojazdów, maksymalnej wysokości czynszu dzierżawy, wynikają z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Argumentowano, że Zamawiający nie kierował się w tym zakresie okolicznościami dotyczącymi sytuacji handlowej Przystępującego, w tym posiadanymi kontraktami, lecz własnymi uzasadnionymi potrzebami. Podniesiono także, że przyjęta proporcja wysokości czynszu została oszacowana z uwzględnieniem wartości rynkowych oraz możliwości finansowych Zamawiającego.

Ponadto, argumentowano, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie stawianych tez. Zakwestionowano przy tym twierdzenia Odwołującego, że żaden podmiot zagraniczny nie będzie mógł wziąć udziału w przetargu. Dla wykazania, iż producenci zagraniczni ubiegają się o tego rodzaju zamówienia Zamawiający złożył dowód w postaci świadectw wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, rozkładu jazdy: relacja Wrocław Główny – Goerlitz, informacji z otwarcia ofert z dnia 17 kwietnia 2014 r., protokołu otwarcia ofert z dnia 6 sierpnia 2010 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 października 2012 r.

Podkreślono także, że Zamawiający musi niezwłocznie wejść w posiadanie dodatkowych pojazdów, a warunki określone w treści SIWZ wynikają z tych potrzeb i nie mają one charakteru pozornego. Szczególną uwagę zwrócono przy tym na fakt obowiązywania od grudnia br. nowego rozkładu jazdy. Wskazano, że ilość trzech pojazdów, wymaganych do dostarczenia w terminie 30 dni od podpisania umowy, wynika z możliwości finansowych województwa, a nie ma związku z pojazdami wyprodukowanymi już przez Przystępującego. Podkreślono jednocześnie brak rezerwy taborowej, argumentując, że już w 2013 r. podjęto działania nakierowane na uzyskanie funduszy na dodatkowe pojazdy. Zamawiający wyjaśnił nadto, że późniejszy okres wydania czwartego pojazdu wynika z faktu



zaplanowanego na maj 2015 r., przeglądu jednego z obecnie używanych pojazdów. Dowodzą także, że po 4 sierpnia 2014 r., zostały podjęte pilne działania w celu przygotowania niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dla wykazania tych okoliczności Zamawiający złożył dowody w postaci: Protokołów z posiedzeń Rady Nadzorczej; notatki służbowej z dnia 10 lipca 2014 r. ze spotkania w sprawie pozyskania taboru dla Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. i określenia możliwych źródeł finansowania zakupów w latach 2014-2020; pisma z dnia 20 lutego 2014 r. w sprawie wyrażanie zgody na zmianę zestawienia pociągów wraz z odpowiedzią z dnia 27 lutego 2014 r.; uchwały Zarządu Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. nr 39/2014/ZS, uchwały Rady Nadzorczej Spółki Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. nr 22/II/2014, uchwały nr 39 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o.; zestawienia wyników badań przepływów pasażerskich; zestawienia skarg pasażerów; zestawienia potrzeb taborowych Kolei Wielkopolskich trakcji spalinowej w latach 2014-2016.

Zamawiający zakwestionował także twierdzenia Odwołującego o braku planów, co do realizowania połączeń z terytorium Republiki Federalnej Niemiec. W konsekwencji zaprzeczono, by kwestie dotyczące wymaganych zezwoleń mogły zostać uznane za pozorne i premiujące jedynie Przystępującego. Dla wykazania powyższych okoliczności Zamawiający złożył dowody w postaci: prezentacji „Pasażerskie przewozy trans graniczne”; dokumentu „Projekt Połączenie kolejowe Poznań-Berlin-Poczdami-Berlin-Poznań”; uchwały w sprawie zatwierdzenia Planu działalności Spółki Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. na lata 2014-2016; proponowanego rozkładu jazdy na tracie Poznań-Frankfurt-Berlin.

Odnosnie wysokości czynszu Zamawiający wskazał m.in., że przedłożone przez Odwołującego oferty dotyczą kosztów leasingu, a nie dzierżawy. Argumentowano także, że z odwołania wynika, iż Odwołujący postulował w treści odwołania zwiększenie czynszu do wysokości 8 %. Zostało to już dokonane wskutek modyfikacji SIWZ. Jednocześnie, zakwestionowano twierdzenia, że proporcja 8% nie pozwala na skalkulowanie ceny korzystnej ekonomicznie, w tym podniesiono, że ww. wartość nie została przyjęta przez Zamawiającego w sposób dowolny, ale szacowanie miało charakter rynkowy. Dla wykazania powyższych okoliczności Zamawiający złożył dowody w postaci: Wniosku do kierownika zamawiającego z dnia 15 września 2014 r.; SIWZ postępowania dotyczącego świadczenia usług w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich w województwie zachodniopomorskim od dnia 15 grudnia 2013 r., umów dzierżawy z dnia 8 grudnia 2012 r. oraz z dnia 30 grudnia 2013 r.

Zamawiający wskazał ponadto, że koszt dzierżawy ma być sfinansowany z rekompensaty. Zamawiający dysponuje ograniczonymi środkami na dzierżawę, przy czym podkreślono, że pomimo tego Zamawiający badał i zastosował stawki rynkowe.

Niezależnie od uzasadnienia przyjętego terminu wydania trzech pierwszych pojazdów, Zamawiający wskazał, że stosowanie krótkich terminów nie jest działaniem

wyjątkowym. Na tę okoliczność Zamawiający złożył dowód w postaci SIWZ z 29 maja 2014 r. Odwołano się także do postępowań, w których Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała za zasadny zarzutu dotyczącego zbyt krótkiego terminu wydania pojazdów. Wskazano przy tym, że w sprawie o sygn. akt KIO 1497/12 Odwołujący sam dokonał dostawy w terminie 31 dni. Podkreślono jednocześnie, że producenci znający realia rynku powinni przewidywać, iż może zaistnieć wymóg wydania pojazdów w krótkim terminie, nawet w terminie krótszym, niż cykl produkcyjny. W odniesieniu do konieczności posiadania homologacji, Zamawiający wskazał, że Odwołujący powinien w sposób należyty zadbać wcześniej o swoją sytuację, jak również powinien posiadać rozeznanie, iż tego rodzaju wymogi – funkcjonujące już w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – mogą zostać wprowadzone przez zamawiającego, zwłaszcza w odniesieniu do obszaru wielkopolski. Podkreślono jednocześnie, że naruszeniem zasad uczciwej konkurencji byłoby właśnie dostosowanie warunków postępowania do sytuacji handlowej Odwołującego. Zaakcentowano, że oferty w postępowaniu składają wykonawcy, którzy dysponują możliwością spełnienia wymogów Zamawiającego. Powody, dla których Odwołujący nie podejmował wcześniej działań, które odpowiadają obecnie postawionym wymogom i potrzebom Zamawiającego, nie powinny zaś mieć wpływu na warunki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym podniósł m.in., że nie posiada dokumentu wydanego przez Eisenbahn Bundesamt (EBA) zezwalającego na eksploatację spalinowych zespołów trakcyjnych na terenie Republiki Federalnej Niemiec, a więc znajduje się w takiej samej sytuacji, jak Odwołujący. Wskazano, że brak jest jawnego rejestru wniosków o dopuszczenie do eksploatacji pojazdów na terenie Polski, stąd trudno powiedzieć, jakie wnioski i jakich producentów aktualnie rozpatruje Prezes Urzędu Transportu Kolejowego. W związku z tym, nie jest wykluczone również to, że zagraniczni producenci złożyli takie wnioski i toczą się postępowania o dopuszczenie ich pojazdów do eksploatacji. Dodano przy tym, że w przypadku posiadania dopuszczenia na terenie Niemiec przez producentów zagranicznych wymienionych przez Odwołującego, uzyskanie dopuszczenia w Polsce jest łatwiejsze, stąd nie można wykluczyć jego uzyskania w krótkim terminie. Odnosząc się do przywołanych przez Odwołującego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wskazano, że pierwotnie zostały w nich wybrane oferty Odwołującego, który jednak uchylił się od zawarcia umowy. W obu przypadkach oferty Przystępującego były drugie w kolejności i zostały wybrane dopiero wskutek niezawarcia umów przez Odwołującego. Można zatem przyjąć, że do wykreowania "standardu pojazdu" przez Przystępującego, o ile taki w ogóle istnieje, doszło na skutek podjęcia przez Odwołującego określonych decyzji rynkowych. Na powyższe okoliczności Przystępujący złożył dowody w postaci: zawiadomienia o wynikach ww. postępowań oraz zawiadomienia o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty.

W nawiązaniu do powyższych okoliczności Przystępujący podniósł także, że wskazywanie przez Odwołującego na okoliczność, iż ubieganie się dopiero obecnie o dopuszczenia do eksploatacji pojazdu na terenie Niemiec jest jedną z konsekwencji wcześniejszych, wskazanych wyżej, decyzji rynkowych i niezawarcia umów na dostawy w województwie zachodniopomorskim i lubuskim, w których to postępowaniach było wymagane uzyskanie takich dopuszczeń.

Przystępujący podniósł następnie, że nie zawarł kontraktu z podmiotem o nazwie Netinera, stąd wszelkie wnioski Odwołującego w tym zakresie nie polegają na prawdzie. Argumentowano również – odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – że termin wykonania zamówienia określony przez Zamawiającego nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Wskazano przy tym, że sam Odwołujący w postępowaniu w województwie śląskim zaoferował oraz zrealizował dostawę pojazdów w bardzo krótki czasie, tj. w przypadku pojazdu elektrycznego umowę zawarta w dniu 7 listopada 2012 r., a protokół przekazania pojazdu strony podpisały w dniu 12 listopada 2012 r., a w przypadku pojazdu spalinowego umowę zawarto w dniu 30 listopada 2012 r., a protokół przekazania pojazdu strony podpisały w dniu 14 grudnia 2012 r. Na powyższe okoliczności Przystępujący złożył dowody w postaci: umów z dnia 7 listopada 2012 r. oraz z dnia 30 listopada 2012 r., wraz z protokołami przekazania dnia 12 listopada 2012 r. oraz z dnia 14 grudnia 2012 r.

Podkreślono także, że ustanowienie terminu wykonania zamówienia, jako jednego z kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej nie stanowi naruszenia przepisów i jest czynnością dopuszczalną. Zwrócono przy tym uwagę, że ukształtowanie wagi kryterium terminu realizacji zamówienia na poziomie 10% nie nadaje mu charakteru dominującego i determinującego wynik postępowania. Kryterium to jest jedynie czynnikiem wspomagającym decyzję Zamawiającego, stanowiącym wyraz jego uzasadnionych oczekiwań i potrzeb.

Na rozprawie Przystępujący wskazał na kolejne dowody na okoliczność realizowania dostaw w krótkich terminach. Przystępujący złożył dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia w województwie zachodniopomorskim (ofertę Odwołującego, wezwanie do wyjaśnień, odpowiedź na wyjaśnienia, umowę, protokoły przekazania do eksploatacji), zwracając uwagę, iż Odwołujący potwierdził w tym postępowaniu termin wydania pojazdu – 30 dni od podpisania umowy. Zakwestionowano wniosek dowodowy Odwołującego podnosząc, że złożone zdjęcia nie przedstawiają różnych pojazdów, błędny jest ich opis, w tym to dla kogo te pojazdy są dedykowane. Zanegowano twierdzenia, że posiada trzy pojazdy „na magazynie”, wskazując, że pojazdy te są wyprodukowane w ramach kontraktu z innym podmiotem na dostawę 12 pojazdów. Podkreślono także, że w postępowaniach dotyczących woj. zachodnio-pomorskiego i lubuskiego termin na dostarczenie dokumentów pozwalających na wjazd na teren Niemiec wynosił 24 miesiące, co jest zbliżone do terminu w tym postępowaniu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa 4 (czterech) sztuk dwuczłonowych zespołów trakcyjnych wraz z opcją ich zakupu po upływie okresu dzierżawy. Pojazdy będą eksploatowane w celu świadczenia usług kolejowych przewozów pasażerskich.

Okres dzierżawy 3 sztuk pojazdów wynosić będzie 24 miesiące, natomiast 4 pojazdu wynosić będzie 18 miesięcy licząc od dnia protokolarnego przekazania pojazdów Zamawiającemu.

Oferowane pojazdy muszą:

- a) być nowe, wolne od wad, nieobciążone prawami osób trzecich,
- b) spełniać wszystkie wymagania i normy określone w załączniku nr 2 do SIWZ.

Odpisów amortyzacyjnych przez cały okres dzierżawy dokonuje Wykonawca.

Zamawiający przewiduje możliwość zakupu pojazdów po okresie dzierżawy korzystając z prawa opcji, o którym mowa w art. 34 ust. 5 Pzp. Zamawiający uzależnia możliwość skorzystania z prawa opcji od pozyskania środków finansowych pochodzących z dotacji z Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego i/lub z kredytu bankowego. Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji umowy. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest oświadczenie woli Zamawiającego wykonania zamówienia w ramach prawa opcji. W przypadku nie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu.

W Rozdziale 4 Termin wykonania zamówienia (pkt 2) SIWZ, Zamawiający określił, że wymaga wydania każdego z 3 (trzech) pierwszych pojazdów w terminie do 30 dni od daty podpisania umowy. Zamawiający wymaga wydania ostatniego (czwartego) pojazdu w okresie od dnia 1.05.2015 r. do dnia 31.08.2015 r.”

W Rozdziale 14 SIWZ – Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający ustalił następujące kryterium oceny ofert:

A. cena brutto – 90%

Ocenie będzie podlegać podana w ofercie cena brutto wykonania zamówienia. Do oceny oferty w kryterium cena będzie brana pod uwagę cena podana dla opcjonalnego (najszerszego możliwego) zakresu zamówienia: cena dzierżawy + cena zakupu pojazdów.

Uwaga: Zamawiający wymaga, aby suma rat czynszu brutto za cały okres dzierżawy dla wszystkich czterech pojazdów stanowiła maksymalnie 4,3% ceny brutto oferty.

B. termin dostawy – 10%.

Kryterium terminu dostawy (wydania) trzech pierwszych pojazdów obliczone będzie zgodnie z poniższym wzorem:

B	=	Najniższa suma liczby dni dostawy (wydania) trzech pierwszych pojazdów spośród badanych ofert	X	100 pkt	X	10%
		Suma liczby dni dostawy (wydania) trzech pojazdów oferty badanej				

Maksymalną liczbę 10 pkt otrzyma Wykonawca, który poda najniższą liczbę dni wydania trzech pojazdów.

Suma liczby dni wydania trzech pojazdów obliczona jest poprzez zsumowanie liczby dni wydania liczonych dla każdego pojazdu z osobna – suma liczby dni wydania trzech pojazdów wynosi od 9 do 90 dni (Wykonawca każdy z trzech pierwszych pojazdów winien wydać Zamawiającemu w terminie od 3 dni do 30 dni od daty podpisania umowy, licząc jako pierwszy dzień podpisania umowy).

Data podpisania umowy jest pierwszym liczonym dniem terminu wydania.

W Rozdziale 13 Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający określili:

„2. Sposób obliczenia ceny. Do obliczenia ceny brutto oferty wykonawcy winni przyjąć następujący tok postępowania:

2.1. Określić i podać w ofercie ratę czynszu brutto dzierżawy w odniesieniu do jednego pojazdu w okresie jednego miesiąca. Należy założyć, że czynsz za dzierżawę dla każdego z pojazdów w całym okresie obowiązywania dzierżawy jest stały i równy.

2.2. Określić i podać w ofercie sumę rat czynszu brutto za cały okres dzierżawy dla wszystkich czterech pojazdów.

2.3. Określić i podać w ofercie wartość wynagrodzenia brutto wykonawcy z tytułu przeniesienia własności jednego pojazdu. Należy założyć, że wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu przeniesienia własności w odniesieniu do każdego z pojazdów jest równe.

2.4. Określić i podać w ofercie wartość wynagrodzenia brutto wykonawcy z tytułu przeniesienia własności wszystkich czterech pojazdów.

2.5. Określić i podać w ofercie wartość brutto stanowiącą sumę rat czynszu brutto za cały okres dzierżawy dla wszystkich czterech pojazdów (pkt. 2.2.) i wynagrodzenia brutto wykonawcy z tytułu przeniesienia własności wszystkich czterech pojazdów (pkt 2.4.) – CENA BRUTTO OFERTY.

2.6. Zamawiający wymaga, aby suma rat czynszu brutto za cały okres dzierżawy dla wszystkich czterech pojazdów stanowiła maksymalnie 4,3% ceny brutto oferty”.

Zgodnie z Rozdziałem 12 pkt 1 SIWZ, oferty należy składać do dnia 12 listopada 2014 r., do godz. 09:00, w siedzibie Zamawiającego.

W § 1 ust. 2 pkt a) i b) Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ), wskazano, że przedmiotem umowy jest dzierżawa nowych, wolnych od wad: a) trzech dwuczłonowych spalinowych zespołów trakcyjnych przez okres 24 miesięcy; b) jednego dwuczłonowego spalinowego zespołu trakcyjnego przez okres 18 miesięcy.

W § 7 ust. 1 Wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że po upływie okresów dzierżawy, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt a) i b), w przypadku uzyskania środków finansowych pochodzących z Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego i/lub z kredytu bankowego, ma prawo do nabycia pojazdów. Realizacja prawa do nabycia pojazdów nastąpi poprzez złożenie wykonawcy przez Zamawiającego pisemnego oświadczenia o zamiarze nabycia danego pojazdu, w terminie nie późniejszym niż 30 dni przed zakończeniem okresu dzierżawy pojazdu, którego to oświadczenie dotyczy (ust. 2). Zawarcie umowy sprzedaży pojazdów nastąpi nie później niż w dniu następującym po dniu, w którym kończą się okresy dzierżawy, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt a) i b). W przypadku, gdy zawarcie umowy sprzedaży pojazdów nastąpi przed zakończeniem okresów dzierżawy, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt a) i b), data przeniesienia własności pojazdów zostanie wyznaczona na dzień następujący po dniu, w którym kończą się okresy dzierżawy (ust. 3).

W toku postępowania Odwołujący, działając na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp, wystąpił do Zamawiającego o zmianę treści SIWZ. Treść przedmiotowego pisma odpowiada treści odwołania wniesionego w niniejszej sprawie. Zamawiający pismem z dnia 17 października 2014 r., udzielił odpowiedzi, w której wskazał, że:

W odniesieniu do postulatu zmiany pierwszego zdania pkt 1.16 Załącznika nr 2 do SIWZ oraz postulatu skreślenia w Załączniku nr 2 do SIWZ pkt 1.16 ppkt b, wymogu przedłożenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana przed podpisaniem umowy dokumentów potwierdzających możliwość eksploatacji pojazdu na terenie Republiki Federalnej Niemiec tj. ekspertyz potwierdzonych przez uznanego przez Eisenbahn Bundesamt (EBA) eksperta dla co najmniej 4 (czterech) obszarów wg. VVIBG Fahrzeuge (Verwaltungsvorschrift für die Genehmigung zur Inbetriebnahme von Eisenbahnfahrzeugen) stwierdzające możliwość uzyskania dokumentu, o którym mowa w ppkt a) w terminie określonym w pkt. 1.16, Zamawiający poinformował o wprowadzeniu następującej modyfikacji zapisów pkt 1.16 Załącznika nr 2 do SIWZ:

*„W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji zakupu Pojazdów, Zamawiający wymaga przed dniem podpisania umowy sprzedaży dostarczenia Zamawiającemu dokumentu wydanego przez Eisenbahn Bundesamt (EBA) zezwalającego*

na eksploatację pojazdów na terytorium Republiki Federalnej Niemiec dla dostarczonego typu pojazdu”.

Zamawiający poinformował także, że wprowadza następującą modyfikację treści zapisów § 3 ust. 3 Załącznika nr 7 do SIWZ – Wzór umowy:

*„Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania, stosownie do potrzeb Zamawiającego, dokumentu wydanego przez Eisenbahn Bundesamt (EBA) zezwalającego na eksploatację pojazdów na terytorium Republiki Federalnej Niemiec dla dostarczonego typu pojazdu dla każdego z Pojazdów, odpowiednio do końca trwania okresów dzierżawy, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt a) i b). W przypadku, gdy do uzyskania dokumentu, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, niezbędne będzie wydanie Pojazdów Wykonawcy w celu przeprowadzenia odpowiednich prób eksploatacyjnych, Wykonawca poinformuje pisemnie Zamawiającego z co najmniej trzydziestodniowym wyprzedzeniem o przewidywanym terminie rozpoczęcia i okresie trwania tych prób oraz – na swój koszt – na czas trwania prób eksploatacyjnych zapewni Zamawiającemu pojazdy zastępcze tego samego typu wraz z dokumentacją określoną w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie świadectw sprawności technicznej pojazdów kolejowych z dnia 15 lutego 2005 r. (Dz. U. z 2005 r., nr 37, poz. 330 ze zm.) umożliwiającą Zamawiającemu wystawienie dla tych pojazdów świadectwa sprawności technicznej. W przypadku, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, Strony ustalą termin, miejsce i sposób przekazania Pojazdów i pojazdów zastępczych. W tym samym okresie próbom eksploatacyjnym mogą być poddawane nie więcej niż 2 (dwa) Pojazdy. Na czas przeprowadzania prób eksploatacyjnych Wykonawca ubezpieczy Pojazdy na swój koszt. Zamawiający ma prawo uczestniczyć w próbach eksploatacyjnych. Zamawiający w każdym czasie trwania Umowy uprawniony jest do żądania od Wykonawcy pisemnej informacji o postępach w pozyskiwaniu dokumentu, o którym mowa w zdaniu pierwszym”.*

W odniesieniu do postulatu dotyczącego zmiany wskazanego w pkt 2 Rozdziału 4 Termin wykonania zamówienia, wymaganego terminu dostawy trzech pierwszych pojazdów na „dostawę w terminie nie później niż 31 maja 2015 r. Dostawa czwartego pojazdu w terminie nie później niż 31 sierpnia 2015 r.”, Zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowej zmiany i podtrzymuje zapisy pkt 2 Rozdziału 4 SIWZ *Termin wykonania zamówienia*.

W odniesieniu do postulatu usunięcia z kryteriów oceny ofert w pkt B Rozdziału 14 SIWZ, kryterium terminowego z wagą 10% i zmianie wagi kryterium cenowego na 100% w pkt A Rozdziału 14 SIWZ, Zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowej zmiany i podtrzymuje zapisy pkt B Rozdziału 14 SIWZ.

W odpowiedzi na postulat dotyczący usunięcia zapisów Rozdziału 13 SIWZ pkt 2.6., w którym ograniczono łączną wartość czynszu dzierżawnego brutto do kwoty 4,3% wartości oferty brutto i pozostawienie wykonawcom całkowitej swobody w określeniu wysokości zarówno łącznego czynszu brutto, jak również ceny wykupu pojazdów w przypadku skorzystania z przysługującej Zamawiającemu opcji, Zamawiający poinformował, że wprowadza następującą modyfikację treści zapisów pkt 2.6 Rozdziału 13 SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny*:

*„Zamawiający wymaga, aby suma rat czynszu brutto za cały okres dzierżawy dla wszystkich czterech pojazdów stanowiła maksymalnie 8% ceny brutto oferty”.*

Zamawiający poinformował, że wprowadza modyfikację treści zapisów UWAGA Rozdziału 14 SIWZ:

*„UWAGA: Zamawiający wymaga, aby suma rat czynszu brutto za cały okres dzierżawy dla wszystkich czterech pojazdów stanowiła maksymalnie 8% ceny brutto oferty”.*

Zamawiający poinformował także, że wprowadza modyfikację treści zapisów UWAGA ust. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ Formularz ofertowy:

*„UWAGA: Zamawiający wymaga, aby suma rat czynszu brutto za cały okres dzierżawy (90 miesięcy) dla wszystkich czterech pojazdów (kolumna 3 tabeli) stanowiła maksymalnie 8% ceny brutto oferty (kolumna 6 tabeli)”.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie cechuje go przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. W kwestii zaś kolejnej przesłanki określonej w powołanym przepisie – w postaci poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp – należy uznać, że na etapie ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszenia treści SIWZ wystarczające jest jedynie hipotetyczne wykazanie szkody.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba – mając na uwadze stan sprawy ustalony w toku postępowania, uwzględniając jednocześnie skutki wynikające z rozkładu ciężaru dowodowego oraz zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 190 ust. 1 Pzp; art. 192 ust. 7 Pzp) – uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**



Na wstępie należy wskazać, że w ocenie Izby, zdecydowana większość zarzutów odwołania została postawiona w sposób wadliwy.

Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie mógł dopuścić się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na chwilę wniesienia odwołania nie upłynął jeszcze termin składania ofert, oferty nie zostały złożone Zamawiającemu, ani nie została przeprowadzona procedura badania i oceny ofert. W konsekwencji, Zamawiający nie mógł się dopuścić zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że ww. przepis stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący uczynił przedmiotowy przepis podstawą swoich zarzutów w oparciu o twierdzenie, iż przyjęte przez Zamawiającego wymogi, co do ceny, narzucają wykonawcy zaferowanie ceny usługi poniżej jej kosztów. Odwołujący ograniczył jednak te twierdzenia jedynie do ceny za dzierżawę pojazdów. Należy natomiast wskazać, że opisując przedmiot zamówienia Zamawiający przewidział prawo opcji na zakup dzierżawionych pojazdów. Cena brutto oferty, którą mają podać wykonawcy ubiegający się o zamówienie ma stanowić sumę rat czynszu brutto za cały okres dzierżawy dla wszystkich czterech pojazdów i wynagrodzenia brutto z tytułu przeniesienia własności czterech pojazdów. Do oceny oferty w kryterium cena będzie brana pod uwagę cena podana dla opcjonalnego (najszerszego możliwego) zakresu zamówienia: cena dzierżawy + cena zakupu pojazdów. Punktacja ofert nie będzie odnosić się jedynie do ceny dzierżawy, ale ceny za cały możliwy zakres przedmiotu zamówienia, a więc z uwzględnieniem oferowanych cen sprzedaży pojazdów. Jeżeli, Odwołujący uczynił podstawą swoich twierdzeń zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, to – abstrahując od nieadekwatności tego zarzutu na obecnym etapie postępowania – argumenty i twierdzenia dotyczące narzucenia rażąco niskiej ceny powinny zostać odniesione nie tylko do ceny za dzierżawę, ale tak, jak stanowi o tym ww. przepis, do stosunku ceny (a więc w tym przypadku ceny za dzierżawę i zakup) do przedmiotu zamówienia. Odwołujący pominął te kwestie. W szczególności nie było przedmiotem dowodzenia, że zbyt niskie – w ocenie Odwołującego – wynagrodzenie za dzierżawę pojazdów jest okolicznością przesądzającą o tym, że cena oferty (obejmująca dzierżawę i zakup) będzie niejako automatycznie cechowała się rażącym zaniżeniem w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie zostało też udowodnione, że wskazanie górnej granicy czynszu stanowi o narzuceniu rażąco niskiej ceny – rozumianej w kontekście powołanego przez Odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako ceny za cały przedmiot zamówienia, a nie jedynie wybrany jego element. Nie zostało również udowodnione, że określenie górnej granicy czynszu stanowi o narzuceniu ceny nie pokrywającej kosztów.

Jako niezasadne należało ocenić także przywołanie w podstawie prawnej odwołania przepisu art. 90 Pzp. Wymaga przy tym wskazania, że Odwołujący w ogóle nie określił, który z ustępów ww. przepisu miały znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie. Niezależnie od tej okoliczności należy podkreślić, iż z uwagi na obecny etap postępowania nie było możliwym dopuszczenie się przez Zamawiającego naruszenia obowiązków wynikających z art. 90 Pzp. Przepis ten stanowi o obowiązku przeprowadzenia – w przypadku uzasadnionych wątpliwości – postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, określa czynniki brane pod uwagę przy tej ocenie, jak również przewiduje obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, bądź odrzucenia oferty w sytuacji, gdy dokonana ocena wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W sytuacji, gdy nie doszło jeszcze do złożenia ofert, a tym samym do ich badania i oceny, nie jest w ogóle możliwe zaktualizowanie się obowiązków wynikających z art. 90 Pzp, *a contrario* – nie jest możliwe dopuszczenie się do ich naruszenia wskutek zaniechania przeprowadzenia określonych w tym przepisie czynności.

W tożsamy krytyczny sposób należało ocenić zarzuty naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503). Wskazany w treści odwołania art. 15 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców. Przepis ten dotyczy zachowania określanego w doktrynie, jako nakłanianie do bojkotu. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Zamawiającemu nie można przypisać tego rodzaju działań.

Nawet, jeżeli uznać, że powołanie ww. przepisu w treści odwołania jest wynikiem omyłki pisarskiej, a zamiarem Odwołującego było postawienie zarzutu naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – który to przepis koresponduje już z okolicznościami i twierdzeniami podnoszonymi w uzasadnieniu odwołania – to w ocenie Izby brak jest jakichkolwiek podstaw do przypisania Zamawiającemu popełnienia czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący zarzucił w istocie naruszenie przepisu, który na gruncie ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia może znaleźć zastosowanie do oceny postępowania wykonawcy/oferenta, a nie Zamawiającego. Celem Zamawiającego jest nabycie określonych dóbr, a nie sprzedaż towarów lub usług, których w tym postępowaniu Zamawiający w ogóle nie wytwarza, ani nie świadczy, a więc nie jest także możliwe by następowало to poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Należy wskazać, że ww. przepis stanowi o utrudnianiu „innym

przedsiębiorcom”. Posłużenie się przez ustawodawcę wyrazem „innym” wskazuje, że podmiotem, który może dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy może być przedsiębiorca uczestniczący w obrocie gospodarczym, działający na danym rynku, który poprzez swoje działania dąży do wyeliminowania innego przedsiębiorcy (często konkurenta). Brak jest podstaw do przyjęcia, że podmiotem – sprawcą czynu nieuczciwej konkurencji może być w tym przypadku zamawiający, który stoi niejako po drugiej stronie uczestników rynku i jest podmiotem nabywającym określone dobra, a nie podmiotem konkurującym z innymi przedsiębiorcami w ich sprzedaży.

Dodatkowo, należy wskazać, że użyte w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy sformułowanie „w celu” wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej (por. wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 708/13). Stawiający zarzut powinien więc udowodnić, że czyny objęte ww. normą zostały dokonane celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców. Kwestie te nie zostały wykazane przez Odwołującego.

Reasumując, w rozpatrywanym postępowaniu nie zaistniały żadne przesłanki – ani podmiotowe, ani przedmiotowe – do przypisania Zamawiającemu popełnienia ww. czynu nieuczciwej konkurencji, niezależnie od tego, że zarzut ten nie został w ogóle udowodniony.

Działaniu Zamawiającego nie można przypisać znamion czynu nieuczciwej konkurencji także na podstawie, powołanego w treści odwołania, art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Warto w tym miejscu przywołać pogląd przedstawiony w wyroku KIO z dnia 4 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2589/12, iż „wątpliwe jest czy zamawiającego można uznać za przedsiębiorcę konkurującego z wykonawcami, jak również czy tych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia można uznać za klientów zamawiającego w rozumieniu u.z.n.k.” W niniejszej sprawie Izba miała jednak na uwadze status prawny Zamawiającego, będącego spółką prowadzącą działalność związaną z wykonywaniem służby publicznej w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich. W tym kontekście klauzula generalna zawarta w art. 3 ust. 1 ww. ustawy mogła, co do zasady, zostać odniesiona do działań Zamawiającego. Przedmiotowy zarzut nie został jednak udowodniony przez Odwołującego, w szczególności nie wykazano, z jakimi przepisami bądź dobrymi obyczajami miały pozostawać w sprzeczności kwestionowane postanowienia SIWZ. W związku z powyższym należy podkreślić, że popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, będącego poważnym złamaniem podstawowej reguły działalności gospodarczej, podważającym renomę danego przedsiębiorcy, wymaga w ocenie Izby wykazania ponad wszelką wątpliwość zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących przypisanie wykonawcy tego rodzaju działania. W niniejszej sprawie Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, a okoliczności sprawy nie potwierdziły stawianych w tej materii zarzutów.

Nie zasługiwały na uwzględnienie również zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Określony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, jak również wymogi, co do wysokości czynszu dzierżawy nie skutkują, w ocenie Izby, naruszeniem obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Należy przy tym wskazać, że podstawą zarzutów odwołania Odwołujący uczynił w istocie nie tylko art. 7 ust. 1 Pzp, ale także art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zarzut naruszenia tego przepisu, pomimo iż nie został wskazany w podstawie prawnej odwołania, należało bowiem wywieść z okoliczności i argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania.

Oceniając powyższe zarzuty Izba miała na względzie zmiany wprowadzone wskutek modyfikacji treści SIWZ z dnia 17 października 2014 r. Zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedmiotowe zmiany nie dezaktualizowały zasadności postawionych zarzutów. Kwestionując skutki tych zmian Odwołujący był więc obowiązany do wykazania, że także w świetle dokonanej modyfikacji podniesione zarzuty pozostają aktualne, a postępowanie nadal obciążone jest wadą w postaci naruszenia obowiązków wynikających z ww. przepisów. W ocenie Izby, Odwołujący nie przedstawił jednak w tym zakresie rzeczowych dowodów, ani argumentów, które uzasadniałyby i uprawdopodobniałyby twierdzenia o możliwym utrudnieniu uczciwej konkurencji oraz naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. Jednocześnie, Zamawiający przedstawił w toku postępowania wiarygodne wyjaśnienia oraz dowody potwierdzające, iż kwestionowane przez Odwołującego wymogi, znajdują oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

Stanowisko i argumentacja Odwołującego wskazuje, że źródłem naruszenia ww. przepisów, są warunki dotyczące uzyskania dokumentu zezwalającego na eksploatację pojazdów na terenie Republiki Federalnej Niemiec, przyjęty termin dostawy trzech pierwszych pojazdów, jak również ograniczenia, co do wysokości oferowanego czynszu dzierżawy. W toku rozprawy Odwołujący wskazał m.in., że gdyby Zamawiający nie wymagał homologacji, ani nie wymagał dostarczenia pojazdów w tak krótkim terminie, to zachowana zostałaby uczciwa konkurencja.

Odnosząc się do kwestii związanej z wymogiem uzyskania dokumentu zezwalającego na eksploatację pojazdów na terenie Republiki Federalnej Niemiec należy w pierwszej kolejności wskazać, że w istocie treść odwołania nie kwestionowała tego wymogu, co do zasady, lecz zarzuty nakierowane zostały na przewidziany termin uzyskania przedmiotowych dokumentów. Kwestionowanie w toku rozprawy podstaw i zasadności tego wymogu stanowiło *de facto* sformułowanie nowego zarzutu i wyjście poza granice wniesionego odwołania. Argumenty nakierowane na wykazanie, że wymóg uzyskania tych dokumentów jest w ogóle zbędny, gdyż brak jest wiarygodnych planów i dokumentów świadczących o

zamiarze uruchomienia połączeń z terytorium Niemiec, a tym samym dowodzenie, że wymóg ten jest pozorny, utrudniający Odwołującemu dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jednocześnie premiujący Przystępującego, który podjął już wcześniej działania w celu uzyskania stosownych zezwoleń, należało w konsekwencji uznać, za argumenty wykraczające poza zarzuty odwołania. To, że Odwołujący nie zarzucał zbędności tych dokumentów, znajduje potwierdzenie chociażby w treści postawionych żądań – gdzie Odwołujący nie wnosił o wykreślenie obowiązku uzyskania stosownych dokumentów, ale wnosił jedynie o przesunięcie terminu ich dostarczenia. Niezależnie od tego należy podkreślić, że to Odwołujący stawiając tezę o pozorności przedmiotowego wymogu winien był ją udowodnić, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodowego. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne skutki prawne. Za niewystarczające należało uznać zakwestionowanie dowodów przedłożonych w tym zakresie przez Zamawiającego. Jednocześnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób należyty wykazał i uzasadnił potrzebę wprowadzenia wymogu związanego z uzyskaniem stosownych zezwoleń. Dowody złożone dla wykazania tych okoliczności Izba uznała za rzeczowe i wiarygodne.

W kwestii przyjętego przez Zamawiającego terminu uzyskania i dostarczenia dokumentu zezwalającego na eksploatację pojazdów na terytorium Republiki Federalnej Niemiec należy wskazać, że Zamawiający zrezygnował z daty wskazanej pierwotnie w treści SIWZ, tj. do dnia 31 maja 2015 r. (pkt 1.16 Załącznika nr 2 do SIWZ). Zgodnie z dokonaną modyfikacją Zamawiający wymaga dostarczenia tego rodzaju dokumentu przed dniem podpisania umowy sprzedaży i to w przypadku skorzystania z prawa opcji. Dokonana zmiana odnosi skutek także wobec dokumentów w postaci ekspertyz stwierdzających możliwość uzyskania dokumentu zezwalającego na eksploatację pojazdu, gdyż treść pkt 1.16 lit. b) Załącznika nr 2 do SIWZ odsyła do terminu określonego w pkt 1.16 – a więc obecnie do terminu „przed dniem podpisania umowy”. Co do terminu uzyskania dokumentu zezwalającego na eksploatację pojazdów na terenie Republiki Federalnej Niemiec dokonana modyfikacja wskazuje na obowiązek ich uzyskania odpowiednio do końca trwania okresów dzierżawy – w miejsce wcześniejszego terminu: do dnia 31 maja 2015 r. Odnosząc powyższą zmianę do terminów dzierżawy (24 miesiące i 18 miesięcy – od chwili protokolarnego przekazania pojazdu przy wymaganiu wydania każdego z 3 pierwszych pojazdów w terminie do 30 dni od daty podpisania umowy i wydania czwartego pojazdu najpóźniej do dnia 31 sierpnia 2015 r.) oraz momentu podpisania umowy sprzedaży (zawarcie umowy sprzedaży pojazdów nastąpi nie później niż w dniu następującym po dniu, w którym kończą się okresy dzierżawy) należy stwierdzić, że Zamawiający wydłużył w sposób istotny termin na uzyskanie i dostarczenie ww. dokumentów. Wykonawcy zamierzający ubiegać się o niniejsze zamówienie już od chwili dokonania modyfikacji treści SIWZ posiadają wiedzę, iż na uzyskanie i dostarczenie stosownych dokumentów mają ponad

2 lata – maksymalny okres 24 miesięcy rozpocznie się dopiero od daty podpisania umowy, tak więc wykonawca, który rozpoczął już ubieganie się o stosowne dokumenty, bądź rozpocznie tę procedurę przed podpisaniem umowy będzie dysponował czasem ponad 24 miesiące dla ich uzyskania oraz dostarczenia. Co istotne, Odwołujący wskazał, że rozpoczął już przygotowania do uzyskania dopuszczenia produkowanych przez siebie pojazdów do eksploatacji na rynku niemieckim. W realiach niniejszego postępowania, po dokonanej modyfikacji SIWZ, Odwołujący dysponuje więc okresem przekraczającym nawet okres dwuletni – a warto zauważyć, że w treści żądania Odwołujący postulował przesunięcie terminu pierwotnego o 2 lata (z dnia 31 maja 2015 r. do 31 maja 2017 r.). Izba nie znalazła podstaw do zaakceptowania zasadności podtrzymywania zarzutów, co do zmienionych terminów uzyskania i dostarczenia ww. dokumentów. W istocie, terminy te pozostawały w ocenie Odwołującego niezadawalające, gdyż w praktyce nie nastąpiło wydłużenie dodatkowo o kilka miesięcy, które wykonawca zyskałby przy przyjęciu daty 31 maja 2017 r., zamiast daty do końca trwania okresów dzierżawy.

W ocenie Izby przyjęte ostatecznie przez Zamawiającego terminy stanowią czas wystarczający i realny dla uzyskania i dostarczenia stosownych dokumentów. Nie zakłócają one uczciwej konkurencji, ani nie prowadzą do odmiennego traktowania potencjalnych wykonawców. W toku rozprawy Przystępujący podniósł, że we wcześniejszym postępowaniu Odwołujący domagał się od zamawiającego przyjęcia terminu 24 miesięcy na uzyskanie ww. dokumentów. Odwołujący nie kwestionował powyższej okoliczności. W niniejszej sprawie, jak wskazano powyżej, terminy te faktycznie są jeszcze dłuższe, zwłaszcza dla wykonawców, którzy tak jak Odwołujący rozpoczęli już stosowne procedury. W tych okolicznościach bez znaczenia pozostawała okoliczność, że działania Przystępującego są w tym zakresie bardziej zaawansowane. Ostatecznie przyjęte wymogi dają bowiem wszystkim potencjalnym wykonawcom możliwość spełnienia wymogów Zamawiającego. Dodatkowo, należy wskazać, że argumenty dotyczące sytuacji Przystępującego nie mogły stanowić podstawy dla przypisania Zamawiającemu naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Obecna sytuacja Przystępującego stanowi wynik przyjętej wcześniej strategii handlowej, jest niejako „owocem” dotychczasowych decyzji, w tym podjętych ryzyk gospodarczych. To, że Odwołujący znajduje się w sytuacji odmiennej nie jest spowodowane działaniem Zamawiającego, lecz jest konsekwencją jego własnej polityki biznesowej. Domaganie się wydłużenia ww. terminów w sposób satysfakcjonujący Odwołującego należało uznać jedynie za sposób wykreowania wymogów najbardziej odpowiednich dla Odwołującego, a nie jako działanie mające eliminować naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Należy przytoczyć w tym miejscu pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 777/12, w którym wskazano, że „Zamawiający nie może odpowiadać za strategię działań wykonawcy, a zwłaszcza nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci zakazu ustanowienia

terminów wykonania zamówienia odpowiadających zamawiającemu i z tego powodu spotykać się z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp”. W tym kontekście warto zwrócić uwagę również na fakt, iż w przypadku wydłużenia ww. terminów, w sposób określony przez Odwołującego, Zamawiający – w przypadku skorzystania z prawa opcji – dysponowałaby w pewnym okresie pojazdami, które nie mogłyby zostać w pełni wykorzystane do realizacji potrzeb i zamierzeń Zamawiającego. Po skończonym okresie dzierżawy, a przed 31 maja 2017 r., pojazdy te mogłyby nie posiadać jeszcze stosownych zezwoleń na eksploatację na terenie Republiki Federalnej Niemiec. W pełni uzasadnionym jest w tym zakresie przyjęcie granicznego terminu uzyskania tych dokumentów do końca okresów dzierżawy, gdyż w przypadku skorzystania z prawa opcji Zamawiający po zakończeniu dzierżawy i nabyciu pojazdów będzie mógł wykorzystywać je w pełni, stosownie do swoich potrzeb, w tym planów połączeń trans granicznych. Zarzuty i żądania odwołania nakierowane zostały na stworzenie warunków najkorzystniejszych z punktu widzenia Odwołującego, bez uwzględnienia uzasadnionych potrzeb i wymogów Zamawiającego.

W ocenie Izby nie zasługiwały na uwzględnienie także zarzuty dotyczące przyjęcia zbyt krótkiego terminu wydania trzech pierwszych pojazdów. W toku postępowania zostało wykazane, że stosowanie terminów krótszych niż cykl produkcyjny nie jest działaniem wyjątkowym. Przedstawiono dowody, które potwierdziły, że także Odwołujący realizował dostawy w stosunkowo krótkich terminach, które nie były przez niego kwestionowane. Przedłożone w tym zakresie dokumenty Izba uznała za wartościowy i wiarygodny materiał dowodowy. Jednocześnie Odwołujący nie udowodnił przyjętego przez siebie założenia – mającego potwierdzać faworyzowanie Przystępującego – iż wymóg i termin wydania trzech pojazdów został dostosowany do posiadanych przez Przystępującego zasobów. W szczególności nie wykazano, że Zamawiający wymaga akurat trzech pojazdów w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy z uwagi na posiadanie już przez Przystępującego trzech pojazdów mających zostać pierwotnie dostarczone do kontrahenta niemieckiego, co miało jednak nie nastąpić wobec braku uzyskania homologacji. Odwołujący nie przedłożył wiarygodnych dowodów, które chociażby uprawdopodobniły powyższą zależność, a także to, że wymogi SIWZ zostały niejako dopasowane do sytuacji Przystępującego. Złożone dowody w postaci wydruków internetowych, zdjęć pociągów (częściowo nieczytelnych), artykułu branżowego nie mogły zostać uznane za rzeczowy materiał dowodowy, zwłaszcza dla wykazania tak poważnego zarzutu. Przystępujący zanegował powyższe wywody Odwołującego, wskazując, że posiadane pojazdy stanowią przedmiot realizowanego już kontraktu. Odwołujący nie podważył tej okoliczności konkretnymi dowodami. Twierdzenia i argumenty Odwołującego, w tym złożone dowody zostały przy tym w całości zdyskredytowane dowodami przedłożonymi przez Zamawiającego, który w sposób szczegółowy i rzetelny wykazał, iż przyjęty termin dostawy trzech pierwszych pojazdów znajduje w pełni uzasadnienie w sytuacji i potrzebach Zamawiającego. Zamawiający wykazał

więc w toku postępowania, że kwestionowany termin wynika z jego własnych uzasadnionych potrzeb, a nie jest terminem przyjętym ze względu na sytuację Przystępującego. Konfrontując dowody przedłożone przez Zamawiającego – które wskazały całościowy obraz wcześniejszych działań, w tym działań nakierowanych na rozpoczęcie procedury przetargowej, wskazały na istniejący niedobór taboru kolejowego, podkreślały także pilną potrzebę dysponowania dodatkowymi pojazdami, zwiększającą się w sposób znaczny ilość przepływów pasażerskich, przedstawiały skargi pasażerów, a tym samym ich oczekiwania, co do polepszenia standardu świadczonych usług, jak również mając na uwadze argument dotyczący planowanej zmiany rozkładu jazdy w okresie zimowym i potrzeby posiadania już w tym okresie dodatkowych pojazdów (co niewątpliwie może zostać uznane za kwestię kluczową dla Zamawiającego, gdyż jak pokazują dotychczasowe doświadczenia nierzadko zmiana rozkładu jazdy w okresie zimowym powoduje początkowo pewien paraliż komunikacyjny, którego konsekwencje ponoszą pasażerowie) – z argumentami Odwołującego, który w zasadzie nie przedstawił dowodów dla uprawdopodobnienia, że przyjęty termin nie odpowiada potrzebom Zamawiającego, a jedynie skupił się na dowodach mających świadczyć o „dopasowaniu” wymogów postępowania do posiadanych już przez Przystępującego zasobów, Izba nie miała wątpliwości, co do konieczności uznania stanowiska Zamawiającego, który w sposób przekonujący i szczegółowy wykazał związek terminu postawionego w treści SIWZ z własnymi uzasadnionymi potrzebami. W związku z powyższym należy odwołać się w tym miejscu do poglądu wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3008/13, podzielanego przez skład orzekający w niniejszej sprawie, zgodnie z którym „zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał jego potrzeby. Sama okoliczność, że opis zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez innego wykonawcę nie wskazuje na naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymogów ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp wystarcza wprowadzić zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji, jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontrydiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu, a i brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp nie uprawnia do takiego wniosku. Z drugiej jednak strony zamawiający winien jednak przekonać, że dany parametr znajduje uzasadnienie w jego potrzebach. Tylko bowiem zamawiający wie, jaki konkretnie efekt zamierza osiągnąć w drodze zamówienia publicznego”. Za znajdujące odpowiednie zastosowanie do realiów niniejszej sprawy należy



także uznać stanowiska zawarte w wyrokach, w których Izba nie podzieliła zarzutów dotyczących zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 26 lipca 2012 r., sygn. akt 1497/12; wyrok z dnia 28 września 2012 r., sygn. akt KIO 1988/12).

Nie zasługiwały na uwzględnienia również zarzuty dotyczące naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na przyjętą w treści SIWZ maksymalną wysokość czynszu dzierżawy. Dowody przedłożone w tym zakresie przez Odwołującego nie potwierdziły, w ocenie Izby, że przyjęty ostatecznie poziom 8% nie pozwala na skalkulowanie i zaferowanie ceny znajdującej ekonomiczne uzasadnienie oraz, że Zamawiający dokonał oszacowania tej wartości bez uwzględnienia realiów rynkowych. Jednocześnie zgromadzony materiał dowodowy wykazał, w ocenie Izby, że nie istnieje na rynku jeden minimalny poziom wysokości czynszu dzierżawy. Oferowane kwoty różnią się od siebie, co stanowi naturalną konsekwencję strategii wykonawców i sposobu kalkulowania ceny. W tym zakresie Izba nie znalazła wystarczających podstaw do uznania twierdzeń Odwołującego, iż ukształtowana na rynku wysokość czynszu wynosi ok. 80 tys. zł miesięcznie. Przede wszystkim, co zasadnie podniósł Zamawiający, wartości te zostały oparte na leasingu, a nie dzierżawie pojazdów, a Odwołujący nie wykazał, że wartości te można niejako automatycznie przyjąć także dla dzierżawy. Zamawiający trafnie argumentował, że leasing pojazdów jest, co do zasady, droższy, gdyż dochodzą tzw. koszty około leasingowe. Odwołujący, co prawda, podnosił, że także przy dzierżawie mogą wystąpić dodatkowe koszty (np. koszty kredytu) jednak tych twierdzeń nie można było uznać za wystarczające. Odwołujący bowiem stawiając tezę o ukształtowaniu się na rynku określonej minimalnej wysokości czynszu, która jest dla wykonawcy wartością opłacalną i ekonomiczną, powinien był ją udowodnić. Samo przedstawienie możliwości wystąpienia porównywalnej „kosztowności” dzierżawy i leasingu nie było w tym zakresie argumentem wystarczającym. Tym bardziej, gdy w postępowaniu złożono dowody w postaci ofert podważających tezę, o ukształtowaniu się dla dzierżawy minimalnej wysokości czynszu w wysokości ok. 80 tys. zł.

Za nieudowodnione należało uznać także twierdzenia, iż wysokość możliwego do uzyskania czynszu nie pokryje kosztów realizacji zamówienia oraz, że przyjęty próg 8% nie pozwala na zaferowanie ceny uzasadnionej ekonomicznie i opłacalnej. Odwołujący w toku rozprawy wskazał, że zmiana progu pozwoli na uzyskanie czynszu w wysokości ok. 50 tys. zł. W ocenie Odwołującego nadal jest to jednak zbyt niska wartość. Dla wykazania tej okoliczności nie przedstawiono jednak żadnych rzeczowych dowodów. Za takie nie mogły być uznane, co już wskazano, przedłożone przez Odwołującego oferty. W świetle dowodów przedłożonych przez Zamawiającego, w tym umów dzierżawy oraz argumentów zawierających wyliczenia stawek miesięcznych, dowody Odwołującego nie mogły zostać uznane za przesądzające. Izba nie uznała przy tym argumentacji Odwołującego dotyczącej mniejszych stawek dzierżawy stosowanych dla „podmiotów własnych”. W ocenie Izby także te stawki tworzą i mają wpływ na funkcjonujące na rynku ceny.

Należy następnie wskazać, że w treści odwołania argumentowano, iż faktyczna amortyzacja pojazdu za dwa lata dzierżawy wyniesie 8 %. Zasadnie podnosił Zamawiający, że przedmiotowe wyliczenia Odwołującego mogły świadczyć o domaganiu się przez Odwołującego podniesienia proggu minimalnie właśnie do poziomu 8%, co zostało już uczynione przez Zamawiającego. Należy jednocześnie wskazać, że zgodnie z treścią SIWZ odpisów amortyzacyjnych dokonuje wykonawca. Nie zasługiwały więc na uznanie argumenty, iż Zamawiający narzuca zaoferowanie czynszu w wysokości rażąco niskiej, nie odpowiadającej cenom opłacalnym i ekonomicznym. Skoro bowiem amortyzacja 8% (tak jak podnosił to Odwołujący), będąca wyznacznikiem zużycia sprzętu (a więc także „stratą wykonawcy”), będzie dla wykonawcy kosztem uzyskania przychodu, to otrzymany czynsz dzierżawy powinien pozwolić na wygenerowanie zysku. Należy dodatkowo wskazać, że wykonawcy dysponują pewnym zakresem swobody w budowaniu ceny, kierują się własną strategią handlową, w tym różnymi rodzajami kosztów i akceptowanymi przez nich ryzykami gospodarczymi. To, iż czynsz dzierżawy rzędu ok. 50 tys. zł miesięcznie (co podał sam Odwołujący) może nie być dla jednego wykonawcy wartością opłacalną, nie świadczy jeszcze o tym, że jest to obiektywnie wartość rażąco zaniżona i ekonomicznie nieopłacalna. Cena rażąco niska jest to cena nierealna, niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Nie sposób uznać, by w tej sprawie zostało wykazane, że powyższe cechuje możliwą do uzyskania kwotę czynszu, którą sam Odwołujący wyszacował na ok. 50 tys. zł miesięcznie.

Ponadto, wymaga zwrócenia uwagi na dostępny dla Zamawiającego sposób finansowania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający przewidując prawo opcji zobowiązany był do uwzględnienia przy ustalaniu wartości zamówienia największego możliwego zakresu zamówienia (art. 34 ust. 5 Pzp). Jednocześnie uzyskanie funduszy na zakup pojazdów jest w chwili obecnej okolicznością przyszłą i niepewną. Szacunkowa wartość zamówienia musi jednak uwzględniać także prawo opcji. Na sfinansowanie dzierżawy pojazdów Zamawiający dysponuje ograniczonymi środkami. W ramach tych środków przewidział dzierżawę na max. na 2 lata i dokonał oszacowania akceptowalnej wysokości czynszu dzierżawy, która uwzględnia, w ocenie Izby, realia rynkowe i pozwala na skalkulowanie opłacalnej ceny. Pozostawienie wykonawcom całkowitej swobody w zakresie oferowanego czynszu dzierżawy mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiającemu zaoferowano by bardzo wysoki czynsz, przy jednocześnie odpowiednio niższej cenie zakupu pojazdu (jeżeli przykładowo wykonawca przyjąłby ryzyko, iż nie dojdzie do uzyskania funduszy na zakup, a tym samym Zamawiający w ogóle nie będzie mógł skorzystać z prawa opcji). Teoretycznie, w przypadku wpłynięcia jedynej takiej oferty, bądź w przypadku konieczności odrzucenia innych ofert, Zamawiający mógłby zostać postawiony przed koniecznością zapłaty wygórowanych rat czynszu, nie odpowiadających wartościom rynkowym, bądź koniecznością unieważnienia postępowania z uwagi na brak

wystarczających środków finansowych. W tym kontekście, mając na uwadze specyfikę tego zamówienia, wprowadzenie górnej granicy czynszu dzierżawy może zostać potraktowane także, jako instrument zabezpieczający Zamawiającego przed ewentualnymi spekulacjami rynkowymi.

W odniesieniu do przyjęcia, jako kryterium oceny ofert terminu wydania trzech pierwszych pojazdów należy wskazać, że jest to działanie w pełni dopuszczalne i znajdujące swoje źródło w przepisach Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp *in fine*, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności termin wykonania zamówienia. Nie sposób uznać, by Zamawiający dopuścił się w tym zakresie jakichkolwiek naruszeń. Należy przy tym zwrócić uwagę, że odwołanie nie zawiera w istocie zarzutów wobec przyjętych przez Zamawiającego kryteriów. Zarzuty i argumenty odwołania nakierowane bowiem zostały na zbyt krótki, w ocenie Odwołującego, termin wydania trzech pierwszych pojazdów, co nie może stanowić automatycznie uzasadnienia także dla zarzutu wprowadzenia, odrębnego obok ceny, kryterium wydania pojazdów, jak również nie może zostać uznane za wystarczające dla zarzucania Zamawiającemu dopuszczenia się nieprawidłowości mających polegać na wprowadzeniu kryterium w postaci terminu wydania pojazdów.

Reasumując, w ocenie Izby nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania. Zasadnie podnosił w tym zakresie Zamawiający, że to właśnie dostosowanie warunków tego przetargu do sytuacji i możliwości Odwołującego stanowiłoby przejaw nierównego traktowania wykonawców. W istocie odwołanie zmierzało do wykreowania warunków i wymogów, w tym ceny, pożądanych z perspektywy Odwołującego i odpowiadających jego własnym potrzebom i sytuacji rynkowej. Podniesione zarzuty zmierzały, zdaniem Izby, nie tyle do wyeliminowania niezgodności działań Zamawiającego z przepisami prawa, co do ukształtowania jak najkorzystniejszych z punktu widzenia wykonawcy warunków realizacji zamówienia. Izba podkreśla, że środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp służą ochronie wykonawców przed niezgodnymi z prawem działaniami lub zaniechaniami zamawiających (art. 180 ust. 1, art. 192 ust. 2 Pzp), nie mogą one natomiast stanowić narzędzia kształtowania przez wykonawców korzystnych dla siebie postanowień. Takie dążenia wykonawców nie są objęte ochroną prawną i nie mogą stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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).

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....