

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2013 r. przez odwołującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego "Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy na rzecz zamawiającego "Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o. w Warszawie 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 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 Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup 20 sztuk nowych piętrowych wagonów oraz 2 sztuk nowych wagonów sterowniczych i 2 sztuk nowych lokomotyw do składów pociągów w systemie push-pull.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lipca 2013 r., pod numerem 2013/S 139-242570. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, dalej również jako „SIWZ”, została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy - w odwołaniu wniesionym 29 lipca 2013 r. zarzucił zamawiającemu naruszenie „art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp oraz w zw. z art. 22 ust. 5 Pzp poprzez zawarcie w postanowieniach punktu III.2.1).2) ogłoszenia o zamówieniu oraz części VII ust. 2 pkt 2 SIWZ (warunki udziału w postępowaniu oraz opis dokonywania oceny spełniania tych warunków) w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, wymogów wyłączających zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami z uwagi na niezachowanie proporcjonalności oczekiwań zamawiającego do przedmiotu zamówienia, zredagowanie ich w sposób uniemożliwiający rzeczywistą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz w sposób uniemożliwiający odniesienie się przy dokonywaniu oceny do rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy, podczas gdy celem stawiania przez zamawiającego wymogu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia winno być dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy poprzez owe walory dają rękojmię należytego wykonania zamówienia.”

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych punktów ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, że:

- 1) w pkt III.2.1).2.) ogłoszenia o zamówieniu oraz części VII ust. 2 pkt 2 po literze c) SIWZ dodana zostanie litera c¹) z treścią: „alternatywnie do powyższych, zrealizowali zamówienie obejmujące dostawę, co najmniej 2 co najmniej 6-członowych nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, za kwotę nie mniejszą niż 5 000 000 euro netto każdy”;
- 2) W pkt III.2.1).2.) ogłoszenia o zamówieniu oraz części VII ust. 2 pkt 2 po literze d) SIWZ dodana

zostanie litery e) z treścią „alternatywnie do powyższego, świadczyli usługi serwisowe co najmniej 2 co najmniej 6-członowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przez okres co najmniej 12 miesięcy”.

Nadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania - dokumentacja graficznej i ogłoszenie o zamówieniu 2009/S 214-309020 - i o orzeczenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia powoduje, że w postępowaniu może wziąć udział tylko jeden wykonawca Bombardier Transportation Polska Sp. z o.o., który jest producentem części taboru eksploatowanego już przez zamawiającego, dostarczonego na podstawie umów z 2007 r. i z 2010 r. Wywodził, że wykazanie przez innego wykonawcę (w tym odwołującego) spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest możliwe, ani w drodze zobowiązania do udostępnienia potencjału innego przedsiębiorstwa, ani w drodze wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, gdyż jakakolwiek forma współpracy z konkurentami nie jest w interesie wymienionego wykonawcy.

Odwołujący podkreślał, że w ten sposób warunki postępowania zakłócają możliwość uczciwego konkurowania o udzielenie zamówienia.

Wskazał na wspólne dla obu typów rozwiązań tj. dla składów typu push-pull i dla EZT właściwości funkcjonalne:

1. zarówno skład oparty na rozwiązaniu typu push-pull, jak i EZT, może być przystosowany do przewozu pasażerów w ruchu regionalnym oraz aglomeracyjnym z uwzględnieniem takich funkcjonalności, jak:

- a) możliwość zabudowy wnętrza według standardu I i II klasy;
- b) możliwość zabudowy wnętrza z zastosowaniem urządzeń i udogodnień na potrzeby przewozu osób niepełnosprawnych;
- c) możliwość zabudowy wnętrza z zastosowaniem technicznych specyfikacji interoperacyjności dla podsystemu osoby o ograniczonej możliwości poruszania się (TSI PRM);

2. zarówno skład oparty na rozwiązaniu typu push-pull, jak i EZT, zapewnia możliwość rozbudowy taboru o kolejne człony pośrednie w celu zwiększenia w ten sposób liczby miejsc do poziomu wynikającego z potrzeb dotyczących liczby pasażerów;

3. zarówno skład oparty na rozwiązaniu typu push-pull, jak i EZT, zapewnia możliwość jazdy w obydwu i kierunkach, z kabin sterowniczych bez dodatkowych uwarunkowań. W tym zakresie różnica między pojazdami sprowadza się jedynie do tego, iż EZT składa się z dwóch jednostek napędowych posiadających zarazem kabinę sterowniczą, zaś skład typu push-pull posiada tylko jedną jednostkę napędową posiadającą zarazem kabinę sterowniczą oraz kabinę sterowniczą w członie: na drugim końcu składu;

4. zarówno skład oparty na rozwiązaniu typu push-pull, jak i EZT, przystosowany jest do zasilania z tradycyjnej (typowej na krajowych liniach kolejowych, w tym zastosowanej na obszarze prowadzenia działalności przewozowej przez zamawiającego) sieci trakcyjnej;

5. składy oparte na rozwiązaniu typu push-pull i EZT mają zbliżoną budowę układów napędowych, to jest:

- a) stosuje się wózki napędowe z zabudowanymi silnikami i przekładniami na zestawach kołowych;
- b) stosuje się falowniki;
- c) stosuje się rezystory hamowania;
- d) stosuje się przetwornice;
- e) stosuje się wyłączniki szybkie;
- f) stosuje się pantografy;

6. Zarówno skład oparty na rozwiązaniu typu push-pull, jak i EZT, zapewnia osiągnięcie tych samych parametrów trakcyjnych, to jest takiej samej maksymalnej prędkości i takiego samego przyspieszenia;

7. Zarówno skład oparty na rozwiązaniu typu push-pull, jak i EZT, wymagają zaangażowania dwóch maszynistów.

8. Skład oparte na rozwiązaniu typu push-pull i EZT wyposażone są w taki sam system bezpieczeństwa ruchu oraz taki sam pokładowy system łączności radiowej.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt III SIWZ przedmiotem zamówienia jest:

- a) dostawa fabrycznie nowych pojazdów kolejowych tj. 20 sztuk nowych piętrowych wagonów środkowych oraz 2 sztuk nowych wagonów piętrowych sterowniczych i 2 sztuk nowych lokomotyw do składów pociągów zmiennokierunkowych typu push-pull;
- b) świadczenie usług serwisowych dla dostarczonych pojazdów kolejowych przez okres 4 lat, licząc od daty przekazania każdego pojazdu;
- c) dostawa pakietu pozderzeniowego (naprawczego);
- d) przeszkolenie pracowników zamawiającego.

W pkt III.2.1).2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt VII.1.2) SIWZ zamawiający w zakresie warunku udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawcy posiadali wiedzę i doświadczenie tj. wykazali, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) zrealizowali zamówienie obejmujące dostawę co najmniej dwóch nowych lokomotyw elektrycznych jedno lub dwukabinowych przystosowanych technicznie do prowadzenia pociągów typu push-pull z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, za kwotę nie mniejszą niż 3 000

000 000 euro netto każda;

b) zrealizowali zamówienie obejmujące dostawę co najmniej dwóch nowych wagonów piętrowych sterowniczych przystosowanych technicznie do prowadzenia pociągów typu push-pull z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, za kwotę nie mniejszą niż 2 000 000 euro netto każdy;

c) zrealizowali zamówienie/a obejmujące dostawę/y co najmniej dziesięciu nowych wagonów piętrowych środkowych używanych w składach push-pull przystosowanych technicznie do jazdy z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, za kwotę nie mniejszą niż 1 500 000 euro netto każdy;

d) świadczyli usługi serwisowe pociągów typu push-pull złożonych z lokomotyw elektrycznych, wagonów środkowych i sterowniczych przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący, który twierdzi, że wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia naruszają przepisy ustawy i uniemożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu, jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący uzasadniając naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy powołał dwa zasadnicze argumenty – możliwość wzięcia udziału w postępowaniu wyłącznie przez Bombardier Transportation Polska Sp. z o.o. oraz techniczne podobieństwo wagonów piętrowych używanych w składach typu push – pull wskazanych w warunku udziału w postępowaniu do produkowanych przez siebie EZT.

W odpowiedzi zamawiający wskazał trzech innych wykonawców będących producentami pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia - Magliola Antinio & Figli S.p.a. (Włochy), ŠKODA TRNASPORTATION a.s. (Czechy) oraz Hyunday Rotem (Korea Południowa), którzy jego zdaniem są w stanie wykazać spełnianie warunków w postępowaniu. Oświadczył, że ŠKODA TRNASPORTATION a.s. pobrał SIWZ, co oznacza zainteresowanie zamówieniem.

Odwołujący replikując oświadczył, że wymienieni wykonawcy nie mogą wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż dostawy wykonali w czasie przekraczający trzyletni okres wskazany w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U z 2013 r., poz. 231).

Odnosząc się do drugiego z argumentów zamawiający wywodził w odpowiedzi, że między wagonami piętrowymi a EZT występują podstawowe różnice technologiczne:

1) Pociągi złożone z wagonów piętrowych umożliwiają dowolne formowanie składu, jego

długości i pojemności, w warunkach eksploatacyjnych, również na stacjach przed obsługą kolejnego pociągu. EZT są nierozłączalne w warunkach eksploatacyjnych, co oznacza, że mogą poruszać się tylko w jednym, z góry określonym zestawieniu, na które posiadają dopuszczenie do eksploatacji wydane przez Urząd Transportu Kolejowego;

2) Specyfika EZT nie może być porównywana do wagonów piętrowych ze względu na dwupokładową konstrukcję wagonu. Pojazd z wagonem piętrowym podlega zwiększonym wymaganiom wytrzymałościowym, oraz całkowicie innej ergonomii przestrzeni pasażerskiej;

3) Konstrukcja wagonów piętrowych jest dużo bardziej skomplikowana, przy czym najważniejsza jest optymalizacja konstrukcji pudła, przy której należy uwzględnić siły podłużne ściskające, a także miejsce na niezbędne urządzenia, takie jak zasilanie pomocnicze, czy układ kontrolny hamulców. Trudno zainstalować niezbędne urządzenia w taki sposób, aby nie stracić przestrzeni pasażerskiej i spełnić wymogi w zakresie masy maksymalnej pojazdu;

4) Przy produkcji wagonów piętrowych konieczna jest specjalistyczna wiedza w zakresie konstrukcji sufitu środkowego znajdującego się pomiędzy pokładem dolnym i górnym, który musi być cienki i lekki, ale jednocześnie bardzo wytrzymały;

5) Konieczne jest zachowanie podwyższonych wymagań co do stabilności wagonu, co ma duże znaczenie zwłaszcza jeśli chodzi o jazdę przy prędkościach w zakresie 120 - 160 km/h podczas bocznych wiatrów i w łukach torów;

6) W wagonach piętrowych stosowane są inne konstrukcje wózków niż w wagonach jednopokładowych;

7) Aranżacja wnętrza wagonów jest zupełnie inna niż w jednopokładowych EZT;

8) W pociągu tego typu sterowanie w systemie push (pchaj) odbywa się z wagonu sterowniczego umieszczonego na czole, gdy cały napęd w formie skupionej umieszczony jest na końcu (lokomotywa). Jest to zasadnicza różnica w stosunku do EZT, gdzie napęd jest rozproszony i znajduje się w różnych częściach EZT (np. początek, środek, koniec pojazdu). Taki układ ma wpływ na występujące siły wzdłużne;

9) Maksymalny wymagany przez zamawiającego skład złożony z wagonów piętrowych ma liczyć 7 wagonów + lokomotywa, co nie może być odniesieniem do 6-wagonowego EZT.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony są zobowiązane wskazywać dowody dla potwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. W okolicznościach sporu ciężar dowodu spoczywał na odwołującym.

Izba uwzględniła, że odwołujący zarzucający zamawiającemu wyłączenie konkurencji w postępowaniu przez umożliwienie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wyłącznie przez Bombardier Transportation Polska Sp. z o.o. poprzestał wyłącznie na własnym oświadczeniu. Twierdzenie, że Magliola Antinio & Figli S.p.a. (Włochy), ŠKODA TRANSPORTATION a.s. (Czechy) oraz Hyundai Rotem (Korea Południowa) nie są w stanie wykazać spełniania warunku udziału w postępowaniu pozostało bez dowodu.

W tej sytuacji Izba dała wiarę stanowisku zamawiającego, który wykazał, że istnieje co najmniej czterech wykonawców potencjalnie zainteresowanych wykonaniem zamówienia i uznała, że zamawiający nie wyłączył konkurencji w postępowaniu, adresując zamówienie wyłącznie do jednego z nich.

Zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu o wartości przekraczającej kwoty wskazane przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp nie jest zobowiązany do uwzględniania sytuacji wyłącznie na rynku krajowym. Z samego faktu, że na terenie Polski ma siedzibę wyłącznie jeden producent pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia, nie wynika zatem naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy. Jeśli zamawiający kieruje zamówienie na rynek europejski, przy zamawianiu specjalistycznych dostaw - a taką jest z pewnością dostawa pojazdów kolejowych - może sformułować warunki udziału w postępowaniu z uwzględnieniem sytuacji na tym rynku, nie wyłącznie na rynku krajowym. Dostrzec też trzeba, że aktywnymi uczestnikami rynku zamówień publicznych są również wykonawcy spoza Europy.

Całkowicie gołosłowne pozostały twierdzenia odwołującego o podobieństwie technicznym EZT i piętrowych wagonów przystosowanych do składów typu push-pull. Odwołujący poprzestał wyłącznie na oświadczeniach własnych, mimo że mógł i powinien był odwołać się do wiedzy specjalistycznej. W ocenie Izby argumenty powołane przez odwołującego są niewystarczające dla uznania, że producent EZT posiada wystarczające kompetencje do należytego wykonania piętrowych wagonów środkowych, wagonów piętrowych sterowniczych i lokomotyw do składów pociągów zmiennokierunkowych typu push-pull.

Tez odwołującego nie potwierdza również załączony do odwołania rysunek składu opartego o ETZ oraz składu typu push-pull.

Między pojazdami kolejowymi opisanymi przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu a EZT istnieją podobieństwa. Podobieństwa istnieją jednak między wszystkimi pojazdami szynowymi. Rzeczą odwołującego było wykazanie, że EZT to pojazdy technologicznie, konstrukcyjnie podobne do pojazdów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest bowiem, że walory użytkowe są EZT i piętrowych wagonów przystosowanych do składów typu push-pull są inne, już choćby z tego względu, że pociągi złożone z wagonów piętrowych umożliwiają dowolne formowanie składu, jego długości i pojemności, w warunkach eksploatacyjnych, również na stacjach przed obsługą kolejnego pociągu, a EZT są nierozłączalne w warunkach eksploatacyjnych.

Złożone przez odwołującego na rozprawie w charakterze dowodu ogłoszenia z innych postępowań nie prowadzą do uznania, że warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez zamawiającego ma charakter dyskryminacyjny. Żadne z zamówień nie dotyczyło dostaw podobnych - piętrowych wagonów środkowych, wagonów piętrowych sterowniczych i lokomotyw do składów pociągów zmiennokierunkowych typu push-pull - zatem ogłoszenia te dowodzą jedynie że w postępowaniach dotyczących innych typów pojazdów zamawiający stawiali warunki nie dotyczące ściśle zamawianych typów pojazdów.

Izba uznała, że opis warunku udziału w postępowaniu jest proporcjonalny do przedmiotu i adekwatny do wartości, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia. Ocena wyników postępowania dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy. Odwołujący nie wykazał, że posiadane przez niego doświadczenie w wykonaniu EZT umożliwi prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania warunków udziału w postępowaniu, które umożliwiłyby udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom w danej branży.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: