

**WYROK**

**z dnia 30 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **S.P. sp. z o.o., (... S.)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Województwo Wielkopolskie Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego, (... P.)**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **P.S.P.B. S.A., (... B.)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w zakresie załącznika nr 4 punkt 1.10) poprzez określenie parametru długości elektrycznego zespołu trakcyjnego pomiędzy sprzęgami końcowymi w sposób dopuszczający możliwość realizacji zamówienia także przy udziale pojazdów o długości 98,5m
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Województwo Wielkopolskie Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego (... P.)**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **S.P. sp. z o.o., (... S.)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zamawiającego - Województwo Wielkopolskie Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego (... P.)** na rzecz Odwołującego **S.P. sp. z o.o., (... S.)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Wielkopolskie Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „dostawa 10 pięciocłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 28 grudnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 250-461844.

Odwołujący S.P. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia „SIWZ”), zarzucając:

1. naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący wskutek braku podania w ppkt 2 pkt 3.2. w Tabeli pt. „Wymagania techniczne dla pięciocłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych” Załącznik nr 4 do SIWZ: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” („Tabela”) wymaganego minimalnego poziomu dźwięku pracy urządzeń — wyrażonego w jednostkach miary (np. dB) — który ma być osiągnięty poprzez zastosowanie „dodatkowego wygłuszenia”, o których mowa w tym punkcie Tabeli Załącznika nr 4 do SIWZ;
2. naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, polegający na postawieniu w Tabeli następujących wymogów:
  - a. *pkt 1.10 Tabeli:* aby długość elektrycznego zespołu trakcyjnego pomiędzy sprzęgami końcowymi wynosiła nie więcej niż 92 m. pomimo, że wymóg ten nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a możliwe jest zaoferowanie pojazdów dłuższych, spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego;
  - b. *pkt 1.20 zdanie drugie Tabeli:* aby wymagana szerokość minimalna w największym miejscu przejścia międzywagonowego wynosiła 950 mm, pomimo że analogiczna, minimalna szerokość przejścia między siedzeniami w każdym członie elektrycznego zespołu trakcyjnego wynosi 600 mm, a zatem zwiększenie minimalnej szerokości przejścia o ponad 50% w tym fragmencie pojazdu (przejście międzywagonowe) nie wynika ani z potrzeb podróży zidentyfikowanych przez Zamawiającego, ani obiektywnych potrzeb samego Zamawiającego;
  - c. *ppkt 2 pkt 3.2 Tabeli:* aby: „dwa falowniki główne w technologii IGBT chłodzone powietrzem lub cieczą montowane na dachu pojazdu po jednym na dwa silniki pomimo, że ten wymóg techniczny prowadzi do dyskryminacji niektórych wykonawców i preferowania innych z uwagi na wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych (np. odpowiednio wyciszony falownik montowany we wnętrzu pojazdu), które zaspokajałyby uzasadnione potrzeby zamawiającego w równym stopniu co

rozwiązanie opisane przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także naruszenie innych przepisów wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dostosowanie SIWZ do stanu zgodności z prawem poprzez zmianę postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającą na:

- a. nadaniu kolumnie czwartej punktu 1.10 Tabeli Załącznika nr 4 do SIWZ brzmienia następującego: "Długość elektrycznego zespołu trakcyjnego pomiędzy sprzęgami końcowymi - pozwalająca na bezpieczne korzystanie z peronów o długości 200 m przez 2 pojazdy w trakcji wielokrotnej";
- b. nadaniu zdaniu drugiemu kolumny czwartej punktu 1.20 Załącznika nr 4 do SIWZ brzmienia następującego: „Wymagana szerokość minimalna w najwęższym miejscu 600 mm”.
- c. wykreśleniu ppkt 2 kolumny czwartej pkt 3.2. Tabeli Załącznika nr 4 do SIWZ (wymóg dotyczący zamontowania falowników na dachu), *względnie*: dopuszczenie w tym zakresie rozwiązań równoważnych wraz z nakazaniem Zamawiającemu określenia minimalnych parametrów równoważności;

Według art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Stosownie do art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Zgodnie z argumentacją Odwołującego, o ile zamawiający ma prawo i obowiązek zaspokajania swoich interesów, to działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest m.in. na tyle „rygorystyczne” określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie może ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

### **Długość pojazdu (EZT)**

Odwołujący wskazał, że produkuje lekkie, aluminiowe elektryczne zespoły trakcyjne. To rozwiązanie techniczne umożliwi wydłużenie pojazdów względem rozwiązań opartych na konstrukcji stalowej, które wykorzystują dwaj konkurenci na rynku krajowym. Optymalna długość pojazdu pozwala na pozyskanie większej ilości wygodnych siedzeń dla pasażerów, a dzięki takiemu rozwiązaniu Zamawiający może zwiększać ilość obsługiwanych pasażerów i uzyskiwać dzięki temu większe przychody. Jest to (wydłużenie pojazdu) również najbardziej efektywny ekonomicznie sposób powiększenia liczby siedzeń w pojeździe - zarówno pod względem kosztów zakupu pojazdu jak i jego utrzymania technicznego.

Zamawiający przyznaje maksymalnie 30 Punktów za ilość siedzeń stałych w pojeździe, co wskazuje na to, że zapewnienie jak największej ilości miejsc w pojeździe jest kluczową potrzebą Zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że ograniczenie długości pojazdu do 92 m byłoby uzasadnione potrzebami eksploatacyjnymi, w przypadku przekroczenia maksymalnej dostępnej długości peronów. Wskazał, że najkrótsze perony na sieci PKP PLK posiadają długość 200 m, wobec tego obsłużyć mogą nawet 2 pojazdy w trakcji wielokrotnej (połączone ze sobą) nawet o długości 100 m każdy (razem 200m). Przy wskazanej długości peronów nie występuje problem dokładności hamowania (tak aby wszystkie drzwi znalazły się w obrębie peronu), bowiem pojazdy dłuższe niż o 92 m mogą być bezpiecznie wyhamowane tak aby wszystkie drzwi znalazły się w obrębie peronu.

Odwołujący wskazał, że zabudowa wymaganej minimalnej liczby siedzeń stałych 230 przy ograniczeniu długości pojazdu do 92 m jest możliwa jedynie w przypadku zabudowy fałownika na dachu - a więc punktu będącego również przedmiotem odwołania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zawęził możliwość złożenia oferty najkorzystniejszej do takiej, która prezentuje rozwiązania techniczne, które oferowane są przez wykonawcę, z którego taboru Zamawiający już korzysta.

### **Szerokość przejścia**

Zamawiający w punkcie ppkt 1 pkt 5.6 Tabeli Załącznika 4 do SIWZ wprowadził wymaganie: „Układ siedzeń 2+2 w rzędzie uwzględniający ustawienie naprzeciwległe i szeregowe, zapewniającym przejście o szerokości nie mniejszej niż 600 mm”. Zdaniem odwołującego, oznacza to, że Zamawiający uznał, że akceptowalna oraz spełniająca potrzeby podróżnych minimalna szerokość przejścia wynosi nie mniej 600 mm. Zapewnia to bezpieczne oraz wygodne przejście dla pasażerów wraz z bagażem, a także podróż w odpowiednim standardzie.

Wymaganie zatem przejścia między wagonowego o szerokości 950 mm (ponad 50%

większej niż przejście 600mm) nie jest uzasadnione racjonalnymi oraz obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że powyższe ogranicza Odwołującemu możliwość zaoferowania rozwiązań odmiennych, które wypełniłyby swoje funkcje w zapewnieniu przejścia dla pasażerów. Z uwagi na naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp — wymóg ten powinien być zmodyfikowany w sposób zgodny z żądaniem odwołania.

### **Usytuowanie falowników oraz poziom dźwięku**

W ppkt 2 pkt 3.2. Tabeli Załącznika nr 4 do SIWZ zamawiający wprowadził wymóg: „dwa falowniki główne w technologii IGTB chłodzone powietrzem lub cieczą montowane na dachu pojazdu po jednym na dwa silniki. Należy zastosować dodatkowe wygłuszenie przestrzeni pod urządzeniami układu napędowego i zasilającego znajdującymi się na dachu ezt, w celu ograniczenia przedostawania się dźwięku pracy urządzeń do wnętrza pojazdu”.

Odwołujący argumentował, że wbrew art. 29 ust. 1 ustawy Pzp — Zamawiający nie wskazał konkretnego, akceptowalnego i minimalnego pułapu dźwięku, który ma zostać osiągnięty wskutek zastosowania „dodatkowego wygłuszenia”. Ponadto Zamawiający — również wbrew art. 29 ust. 1 ustawy Pzp — nie określił również względem czego przedmiotowe wygłuszenie ma być „dodatkowe”, ale należy przypuszczać, że powinno być dodatkowe wobec postanowień norm przywołanych w tym punkcie Tabeli.

W ocenie Odwołującego, sformułowanie pkt 3.2. Tabeli w części dotyczącej „dźwięku” nie były wywołane obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, gdyż zgodny z wymogami norm poziom „dźwięku” można osiągnąć poprzez montaż falowników w innych miejscach niż na dachu pojazdu. Powołanie się przez Zamawiającego na „dodatkowe” wygłuszenie, które ma doprowadzić do ograniczenia dźwięku do nieokreślonego poziomu dowodzi tego, że Zamawiający przed postawieniem przedmiotowego wymogu w SIWZ nie przeprowadził badań i pomiarów. Zamawiający założył ogólną tezę dla przyjęcia arbitralnie preferowanego rozwiązania technicznego, które eliminuje z uzyskania zamówienia wykonawców oferujących wymagania spełniające potrzeby zamawiającego w analogicznym stopniu.

Jak dalej argumentował Odwołujący: „Miejsce (wewnątrz lub na zewnątrz EZZ) umieszczenia falowników nie ma żadnego znaczenia od strony technicznej, a jest podyktowane jedynie konstrukcją pojazdu oferowaną przez danego producenta. Pojazdy oferowane przez Odwołującego spełniają wymóg posiadania falowników, jednakże, z uwagi na zastosowaną przez Odwołującego technologię, falowniki zostały umieszczone wewnątrz pojazdu, w oddzielnej maszynowni. Takie rozwiązanie - umieszczenie falowników wewnątrz pojazdu - zwiększa niezawodność pojazdu, gdyż falowniki nie są narażone na niesprzyjające warunki atmosferyczne przyspieszające ich zużycie i korozję. Tym samym, zabudowanie falowników w oddzielnej maszynowni znajdującej się wewnątrz pojazdu dodatkowo zmniejsza

ponoszone koszty utrzymania. Analiza obiektywnych potrzeb Zamawiającego winna była uwzględnić, że falownik na dachu pojazdu jest rozwiązaniem niekorzystnym ze względu na utrudnioną dostępność. Występuje konieczność zjazdu do hali utrzymania, wyłączenia przewodu jezdnych i wejścia na dach. Podwyższa to w sposób istotny koszty utrzymania pojazdu. Występują również gorsze środowiskowe warunki pracy oraz trwałość falownika - jest on na dachu gorzej chroniony przed wpływami atmosferycznymi.

W rezultacie, wymaganie zawarte w ppkt 2 pkt 3.2. Załącznika nr 4 do SIWZ - w okolicznościach tego postępowania bezzasadnie i nadmiernie ogranicza konkurencyjność postępowania; dyskryminuje Odwołującego, wskazując na konkretne rozwiązanie techniczne bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Wymaganie to powinno zostać usunięte, gdyż miejsce montażu falowników będzie bez znaczenia dla spełnienia norm wskazanych w tym punkcie Tabeli. Inni zamawiający wycofywali się z tego typu postanowień (por zamawiający w sprawie KIO 732/16). Zapewnienie uczciwej konkurencji polega nie tylko na dopuszczeniu do możliwości udziału w postępowaniu przez wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, ale również na takim skonstruowaniu postanowień SIWZ, które stwarzają wykonawcom możliwość podjęcia realnej próby spełnienia wymogów i złożenia takiej oferty, która będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.”

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że dla uznania, że zamawiający naruszył art 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczające jest wykazanie, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia dokonał tego w sposób, który potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (wyrok SO w Krakowie z 27.06.2012 r. XII Ga 152/12, wyrok SO w Warszawie z 14.02.2013 r. XXIII Ga 2137/12).

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób dowolny,

jednakże w oparciu o uzasadnione potrzeby. Wykonawcy powinni mieć nieograniczony dostęp do zamówienia. Skoro jednak Zamawiający decyduje się na postawienie pewnych ograniczeń (ściśle określenie parametrów technicznych), winien wykazać, że parametry te wynikają z obiektywnie uzasadnionych potrzeb.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił jeden z parametrów - długość elektrycznego zespołu trakcyjnego pomiędzy sprzęgami końcowymi - jako nie większy niż 92 m. Zamawiający nie wykazał jednak, że ograniczenie w zakresie długości tego parametru wynika z jego obiektywnych i uzasadnionych potrzeb. Zamawiający nie wykazał bowiem, z czego dokładnie wynikało określenie maksymalnej długości elektrycznego zespołu trakcyjnego pomiędzy sprzęgami końcowymi.

W trakcie rozprawy Zamawiający sformułował twierdzenie, że długość peronu na stacji P. Główny, z którego odjeżdżają pociągi do miejscowości Rawicz i Krzyż, wynosi 184 m. W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie przedstawił jednak tej informacji. Zamawiający nie przedstawił także w tym zakresie żadnych dowodów. Co więcej, z treści SIWZ nie wynika także, aby zakupowane pojazdy miał obsługiwać tę właśnie trasę (P. – Rawicz, P. – Krzyż). Zamawiający nie przedstawił również żadnego dowodu potwierdzającego tę okoliczność.

Z drugiej strony, Odwołujący przedstawił dowody, które obalają stanowisko Zamawiającego.

Po pierwsze, Odwołujący przedstawił wydruk, z którego wynika, że na terenie Województwa Wielkopolskiego funkcjonują perony o długości 100 m, 114 m. Okoliczności przeciwnej Zamawiający nie wykazał. Skoro tak, to przystawać mogą przy nich pojazdy wyłącznie 5-wagonowe (a więc pociąg w konfiguracji pojedynczej). Zatem bez znaczenia pozostaje parametr długości pojazdu – w tym znaczeniu, czy Zamawiający zakupi pojazd o długości 92m, czy też 98 m. Każdy z tych pociągów może zatrzymywać się przy peronach o długości 100 m oraz 114 m wyłącznie w konfiguracji pojedynczej. Odpada zatem podstawa (w postaci długości peronów) do ograniczenia parametru długości pojazdu do 92 metrów. Ponownie należy w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający w SIWZ nie wykazał, na jakiej relacji miałby funkcjonować zakupiony pociąg.

Po drugie, Izba miała na uwadze fakt, że Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z wykonawców. Wykonawca zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiającemu chodzi o prowadzenie zestawu maksymalnie dwóch, czy też maksymalnie trzech pojazdów w trakcji wielokrotnej. Wykonawca podniósł, że postanowienia SIWZ nie



rozstrzygają tej kwestii jednoznacznie. Zamawiający w treści odpowiedzi wyjaśnił, że: „musi być możliwość jazdy w trakcji wielokrotnej do trzech pojazdów.” Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ poprzez wprowadzenie brzmienia: „Pojazd powinien być wyposażony w dwie kabiny dla maszynistów na obu jego końcach. Muszą zapewnić równorzędną jazdę w obu kierunkach oraz prowadzenie zestawu trzech pojazdów w trakcji wielokrotnej.”

Powyższe, zdaniem Izby jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający zamierza (i od początku zamierzał) obsługiwać ruch podróżnych za pomocą trzech pojazdów w trakcji wielokrotnej. Stanowi to niezbyty dowód na okoliczność, że odpada podstawa do ograniczenia parametru długości pojazdu do 92 metrów.

Zamawiający kwestionował twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym najkrótszy peron ma długość 200 m. Jako przykład peronu krótszego wskazał peron na stacji P. Główny o długości 184 m. Tymczasem okoliczność ta stoi w sprzeczności z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie. W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał: „Wnioskowana przez Odwołującego zmiana postanowień SIWZ „...- pozwalająca na bezpieczne korzystanie z peronów...”, poprzez niedookreślenie pojęcia „bezpieczne”, jest nieprecyzyjny i może być niejednoznacznie interpretowany. Zdaniem Zamawiającego bezpieczeństwo to zostanie zapewnione poprzez ustalenie maksymalnej długości 2. pojazdów w trakcji wielokrotnej – wyliczonej z długości peronów przy uwzględnieniu maksymalnie 8% korekty bezpieczeństwa w stosunku do długości peronu. Zamawiający opisując parametrycznie przedmiot zamówienia (limitowanie maksymalnej długości pojazdu) w żaden sposób nie ogranicza konkurencji w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględnia natomiast bezpieczeństwo podróżnych i warunki eksploatacji pojazdów na dostępnej infrastrukturze peronowej.”

Skoro zatem Zamawiający dopuszcza pojazdy o długości ok. 92 m (co w konfiguracji podwójnego pociągu daje długość ok. 184 m), to nieprawdziwe są jego tłumaczenia dotyczące przyjętej podstawy dla parametru – 8% korekty bezpieczeństwa. Przy długości peronu na stacji P. Główny mającej zdaniem Zamawiającego wynosić 184 m, pojazd o maksymalnej dopuszczanej przez Zamawiającego długości, przy zastosowaniu trakcji podwójnej, ma długość równą dokładnie długości peronu. Nie tylko nie zapewnia to korekty bezpieczeństwa na poziomie 8%, ale też jakiegokolwiek innej korekty bezpieczeństwa. Ograniczenie parametru wprowadzone przez Zamawiającego nie ma zatem wpływu na bezpieczeństwo. Albo też zwyczajnie niezgodne ze stanem faktycznym jest twierdzenie Zamawiającego o 184 metrach długości peronu na stacji P. Główny.

Co więcej, Zamawiający oraz Przystępujący jednoznacznie wykazywali, że jest nadmiernie

utrudnione zatrzymanie pociągu, który jest równy długości peronu „w punkt”, a więc idealnie równo. Podkreślali, że na specyfikę jazdy składają się warunki atmosferyczne, stan torowisk, wypełnienie pojazdu, doświadczenie maszynisty, pora roku czy pora dnia.

Przystępujący w piśmie procesowym stwierdził, że „W praktyce uwzględnienie żądania Odwołującego doprowadziłoby do sytuacji, w której pojazd (a właściwie dwa pojazdy w trakcji wielokrotnej) o łącznej długości 200 m musiałby zostać podstawiony na peron, którego powierzchnia użytkowa wynosi również 200 m. Jest to właściwie niemożliwe przy uwzględnieniu czynnika ludzkiego, warunków pogodowych czy czynników infrastrukturalnych innych niż długość peronu (jak np. położenie semafora).

Prawidłowo przeprowadzone „parkowanie” na peronie pojazdem szynowym o długości identycznej jak długość użytkowa peronu musi zapewnić nie tylko prawidłowe usytuowanie drzwi, ale także nie powodować przekroczenia linii semafora oraz pozwalać na spełnienie rozkładu jazdy. Zastosowanie rozwiązania proponowanego przez Odwołującego doprowadziłoby do konieczności podstawiania pojazdu 200 m na 200 m peronie trzydzieści razy na jednej trasie, co przez konieczność bardzo precyzyjnego parkowania mogłoby z dużą dozą prawdopodobieństwa niekorzystnie wpłynąć na dotrzymanie rozkładu jazdy.”

Tym samym, również pociąg o długości ok. 184 m. (długość pojedynczego pojazdu ok. 92 m w trakcji wielokrotnej – podwójnej) nie będzie mógł precyzyjnie wyhamować przy peronie o długości 184 m. Taka sprzeczność w stanowisku Zamawiającego jedynie dowodzi, że od początku nie istniały żadne przesłanki uzasadniające ograniczenie parametru długości pojazdu do 92 m.

Podkreślić należy, że to na Zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że postawione ograniczenie parametru nie ograniczy konkurencyjności. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie podołał temu obowiązkowi. Skoro zatem ograniczenie parametru długości pociągu nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, to ograniczenie to jest bezzasadne. A skoro ograniczenie jest bezpodstawne, to oznacza, że Zamawiający bezpodstawnie ograniczył konkurencyjność pośród wykonawców. Ponownie należy podkreślić, że dostęp do zamówienia powinien mieć nieograniczony krąg podmiotów. Ograniczenie może jedynie wynikać z obiektywnych przeszkód – które nie zostały wykazane w niniejszym postępowaniu.

Podkreślenia wymaga także okoliczność, że jednym z kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu jest ilość miejsc siedzących w pojeździe. Oznacza to, że dla Zamawiającego istotne znaczenie ma jakość - wygoda i ilość pasażerów, których będą przewoziły pociągi. Skoro tak, to tym bardziej nie jest uzasadnione ograniczenie parametru długości pojazdu.

Bez znaczenia, zdaniem Izby, są argumenty Przystępującego, jakoby Odwołujący miał możliwość złożenia oferty również przy niezmienionych (dotychczasowych) postanowieniach SIWZ. Przystępujący wskazywał, że nie jest tak, że Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty w ogóle, ale zmierza do uzyskania przewagi konkurencyjnej, do złożenia lepszej, korzystniejszej oferty. Po pierwsze, Odwołujący wskazywał, że na rynku polskim oferuje wyłącznie pojazdy Flirt, jakie zamierza zaoferować w niniejszym postępowaniu.

Jednak przede wszystkim, co Izba ponownie podkreśla, zasadą jest nieograniczony dostęp wykonawców do zamówienia. Każdy z wykonawców samodzielnie decyduje, który produkt chce zaoferować. Sztuczne – bezpodstawne ograniczanie przez Zamawiającego parametrów, stanowi o ograniczaniu ilości wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę. Podkreślić także należy, że istotą konkurencji jest, że każdy z wykonawców chce i powinien zaoferować taki produkt, który ma jak największe szanse i możliwość zdobycia jak największej ilości punktów w postępowaniu. Rolą Zamawiającego jest natomiast opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do uzasadnionych potrzeb. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie wykazał, że ograniczenie długości pojazdu do 92 m znajduje uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym odwołanie nie powinno zostać uwzględnione, gdyż żądanie w nim przedstawione wprowadziłoby w opisie przedmiotu zamówienia niejasności i brak precyzyjności, należy zauważyć, że Izba nie jest związana treścią żądania, ale zobowiązana jest rozpoznać zarzut. Ponadto treść żądania w kontekście podnoszonego zarzutu jest czytelna.

Izba w treści sentencji wskazała Zamawiającemu kierunek zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (w zakresie załącznika nr 4 punkt 1.10). Izba bowiem oczekuje, że Zamawiający dokona modyfikacji i dopuści możliwość zaoferowania pojazdów także przez Odwołującego (w zakresie wskazywanej przez niego długości 98,2 m).

Izba nie określiła sztywno ram parametru długości pojazdu. Kluczowe w treści sentencji jest słowo „także”, które ma spowodować, aby Zamawiający zbadał ponownie rynek i rozważył zmianę parametru w taki sposób, aby nie pomijać podmiotów na rynku (bez obiektywnych potrzeb).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym oświadczył, że uwzględnił zarzuty opisane w punkcie 1 oraz 2 b i c odwołania (w zakresie szerokości przejścia oraz usytuowania falowników oraz poziomu dźwięku). Przystępujący P.S.P.B. S.A. nie zgłosił

sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego tych zarzutów. W tym zakresie, zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest wykonać czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....