

**WYROK**  
**z dnia 28 września 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2012 roku przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Śląskie, 40-037 Katowice, ul. Ligonia 46

przy udziale:

wykonawcy NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Śląskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Dostawa 1 sztuki nowego EZT*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 września 2012 roku pod numerem 2012 S 174-287406, w tym też dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

17 września 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawno zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), wniósł Odwołanie wobec:

- 1) treści ogłoszenia o zamówieniu - w zakresie pkt VI.3) ppkt 1,
- 2) treści zmiany ogłoszenia o zamówieniu - w zakresie pkt VI.3.3) dot. zmiany pkt IV.2.1) oraz pkt VI.3),
- 3) postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie: a) pkt IV - termin wykonania zamówienia, b) § 3 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ,
- 4) zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej przez Zamawiającego w dniu 12 września 2012 roku pismem ZNZZP.272.167.2012.RK2 w zakresie: a) pkt IV - termin wykonania zamówienia, c) pkt XIII - opis kryteriów oceny ofert, d) Pkt IV ppkt 1 Załącznika nr 1 do SIWZ, b) §10 ust. 1 pkt 1 - wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp przez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji i nieadekwatny do zakresu prac przyjętych w opisie przedmiotu zamówienia oraz art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej jako „KC”) w zw. z art. 14 Pzp oraz 139 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania, którego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe,
- 2) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu w sposób niezgodny z tymi przepisami naruszający uczciwą konkurencję,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów Pzp skutkujących prowadzeniem postępowania w sposób naruszający

zasady i wpływającym na krąg potencjalnych wykonawców poprzez jego nieuzasadnione ograniczenie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia zamiany treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie kwestionowanym w odwołaniu,
- 2) nakazanie zmiany terminu wykonania zamówienia na 31 grudnia 2012 r.,
- 3) nakazanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w zarzutach interes Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem niezgodne z prawem opracowane treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny ich spełniania oraz w odniesieniu do terminu realizacji przedmiotu umowy wpływa w sposób nieuzasadniony na krąg potencjalnych wykonawców ograniczając go. Powyższe uniemożliwia uzyskanie przedmiotowego zamówienia Odwołującemu, a co za tym idzie, utratę korzyści, jakie niesie za sobą jego zrealizowanie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

- I. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy oraz 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy oraz 139 ust. 1 ustawy

Określony przez Zamawiającego termin realizacji przedmiotu zamówienia – 17.12.2012. r, który na skutek zmiany treści ogłoszenia i SIWZ dokonanej w dniu 12.09.2012 r. został dodatkowo skrócony i oznaczony na 30.11.2012 r. nosi cechy umowy o świadczenie niemożliwe, a zgodnie z art. 387 § 1 KC (który na podstawie art. 14 Pzp znajduje zastosowanie) umowa taka jest nieważna. Wykonanie zamówienia o przyjętym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zakresie w terminie przez niego wymaganym realnie i rzeczywiście nie jest możliwe i to z przyczyn obiektywnych. Ponadto Odwołujący wskazuje, że obiektywną niemożliwością jest nie tylko niemożność faktyczna i prawna, ale także w jej zakres wchodzi sytuacje, gdy wykonanie świadczenia jest w prawdzie możliwe, ale pociągałoby za sobą szczególnie wysokie koszty, nakłady czy starania. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż takimi kosztami dla Zamawiającego

będą przykładowo ceny ofert, które ze względu na znacznie zwiększone w takim przypadku ryzyko nałożenia kary umownej za niedotrzymanie terminu dostawy pojazdów, będą to ryzyko obejmować. Zamawiający przewiduje, iż Wykonawca zobowiązany jest wydać przedmiot zamówienia w terminie do dnia 30.11.2012 r. W prawdzie Zamawiający może dowolnie wyznaczyć termin realizacji zamówienia, jednakże dokonując jego dookreślenia, powinien zważyć, by termin był realny i obiektywnie możliwy do dochowania. Mając na uwadze postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu należy uznać, że wyznaczony przez Zamawiającego zbyt krótki termin realizacji zamówienia w sposób celowy ogranicza konkurencję. Przede wszystkim należy zauważyć, że dostawa podstawowych, strategicznych komponentów do budowy elektrycznych zespołów trakcyjnych wynosi, co najmniej 9-12 miesięcy. Tak jest w przypadku takich elementów, jak na przykład: przekładnia osiowa, której termin dostawy wynosi od 7- 9 miesięcy. Powyższe wskazuje, że nawet przy zachowaniu najwyższej staranności Wykonawcy, którzy nie dokonali zamówienia na dane urządzenia przed datą ogłoszenia niniejszego postępowania, nie będą w stanie spełnić wymogów stawianych przez Zamawiającego. Należy mieć przy tym na uwadze fakt, iż w branży związanej z budową i modernizacją taboru kolejowego nie ma możliwości dokonywania zamówień przed datą ogłoszenia konkretnego postępowania. Każde bowiem postępowanie charakteryzuje się własną specyfiką przedmiotu zamówienia, warunkami i właściwościami technicznymi i konfiguracją pojazdu. Ponadto komponenty do budowy eozt charakteryzują się wysoką ceną, co dodatkowo ogranicza możliwość zamówienia podzespołów, które mogą nie zostać przez producenta wykorzystane przy produkcji pojazdów kolejowych. Konkludując należy uznać, że żaden producent taboru kolejowego nie rozpoczyna produkcji pojazdów przed pozyskaniem zlecenia. W związku z tym żaden z Wykonawców nie jest w stanie wygrać niniejszego postępowania, chyba że wiedział o przedmiotowym zamówieniu i wykonał stosowne działania logistyczne z bardzo dużym wyprzedzeniem, w stosunku do terminu opublikowania ogłoszenia. Średni czas potrzebny na realizację tego typu zamówienia, to co najmniej 13 miesięcy. Chcąc uczestniczyć w postępowaniu Wykonawca naraża się na ryzyko nienależytego wykonania zamówienia, a tym samym zapłatę wysokich kar umownych przewidywanych przez Zamawiającego, czy też wpisem na listę wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie. Wykonawca dla zobrazowania o jak bardzo krótkim terminie realizacji jest naprawdę mowa wskazuje, że pomiędzy termin otwarcia ofert wyznaczonym na dzień 18.10.2012 r., a terminem wykonania zamówienia jest zaledwie 43 dni, przy czym w zasadzie nie zdarza się, aby zamawiający dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu otwarcia ofert. Dla potrzeb niniejszego obliczenia przyjęto bardzo krótki czas na wybór

najkorzystniejszej oferty - 7 dni od otwarcia ofert, który w zasadzie nie zdarza się w praktyce przy zamówieniach dotyczących przedmiotu o takim stopniu skomplikowania jak EZT. Do tego czasu należy doliczyć zgodnie z art. 183 Pzp termin 10 dniowy, w którym zamawiający nie może zawrzeć umowy. Przy optymistycznym założeniu, że nie zostanie wniesione odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty, a Zamawiający w następnym dniu po upływie tego terminu zawrze umowę z wykonawcą na wykonanie zamówienia pozostaje 25 dni od daty podpisania umowy. Takie założenie jest jednak wadliwe w kontekście §4 ust. 2 pkt 2.1., 2.6. oraz 2.9. wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. W §4 ust. 2 pkt 2.1. Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca winien zgłosić mu termin odbioru technicznego pojazdu z minimum 10 dniowym wyprzedzeniem, a w pkt 2.6. dla siebie 30 dniowy termin na przystąpienie do odbioru technicznego (a zatem jedynie rozpoczęcie czynności odbiorczych, a nie ich wykonanie, które z doświadczenia wykonawcy zajmuje ok. 3 - 4 dni roboczych), a następnie w pkt 2.9. termin 96 godzinny (4 dni) na sprawdzenie pojazdu po jego dostarczeniu, co powinno zakończyć się podpisaniem protokołu przekazania do eksploatacji, co stanowi zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 2.10. potwierdzenie wykonania przedmiotu umowy, czyli dostawy 1 EZT. Ze zsumowania terminów zastrzeżonych przez Zamawiającego na jego rzecz w umowie na wykonanie czynności odbiorczych wynika, że obejmują one co najmniej 34 dni, co prowadzi do wniosku, że wykonawca, który nie chce się narazić na kary umowne przewidziane w § 10 ust. 1 pkt 1 załącznika nr 2 do SIWZ (które dodatkowo ze stosowanej na rynku stawki 0,3% podwyższono do 1 % za każdy dzień przekroczenia terminu dostawy) winien zgłosić pojazd do odbioru na ok. 10 dni przed terminem podpisania umowy. Powyższe wyliczenia oparte na treści SIWZ sporządzonej przez Zamawiającego prowadzą do wniosku, że wykonanie zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest niemożliwe przy zachowaniu postanowień proponowanej treści umowy, albo też jest możliwe przez wykonawcę, na rzecz którego ustanowiono takie postanowienia naruszające uczciwą konkurencję, chociaż i to jest możliwe tylko przy rezygnacji przez Zamawiającego z części czasu przysługującego mu na odbiory. Ponadto Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że wyznaczony termin realizacji zamówienia rażąco odbiega od terminów wyznaczanych we wcześniejszych postępowaniach, prowadzonych na rynku polskim, a dotyczących również dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych sześciocłonowych, o zbliżonych parametrach technicznych do pojazdu, jaki ma być dostarczony w ramach przedmiotowego postępowania. Termin ten w postępowaniu na leasing finansowy 6 (sześciu) szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych z 3 letnim okresem utrzymania (nr postępowania: GZP-351-5/10) został oznaczony na do 18 miesięcy od daty podpisania umowy, z tym że

dostarczenie pierwszego pojazdu powinno nastąpić najpóźniej do 16 miesięcy od chwili podpisania umowy. Dowód: wyciąg z SIWZ postępowania o numerze: GZP-351-5/10. Podobnie terminy realizacji ukształtowano w postępowaniach, które dotyczyły czterocłonowych zespołów trakcyjnych. Jako przykład może posłużyć realizacja zamówienia, w ramach umowy, której stroną jest Newag S.A. oraz spółka Koleje Dolnośląskie SA, gdzie termin realizacji dla pierwszych dwóch (łącznie z pięciu) pojazdów wyznaczono na - 18 miesięcy od dnia podpisania umowy. Dowód: wyciąg z umowy KD/AZ/32/2010 na dostawę pięciu fabrycznie nowych eoz Podobnie sytuacja kształtowała się w postępowaniu na leasing finansowy 4 elektrycznych zespołów trakcyjnych, w którym Zamawiającym była „Szybka Kolej Miejska” sp. z o.o., gdzie ostateczny termin wykonania przedmiotu umowy wynosił odpowiednio dla pierwszego pojazdu-9 miesięcy od dnia podpisania umowy, dla drugiego do czwartego pojazdu-10 miesięcy od dnia podpisania umowy. Dowód: wyciąg z umowy dnia 19.08.2009r. na leasing finansowy nr 721950-2G-0. Powyższe potwierdza niemożliwość realizacji przedmiotu zamówienia w czasie wyznaczonym przez Zamawiającego. W związku powyższym wniosek wydłużenia czasu realizacji zamówienia do 31.12.2012 r. jest w pełni uzasadniony. Wykonawca wyjaśnia, że wnosi o wydłużenie tego terminu jedynie do 31.12.2012 r. z tego względu iż zamówienie to dotyczy tylko jednego pojazdu, a wykonawca jest w trakcie produkcji większej ilości pojazdów i z tego powodu posiada większość komponentów potrzebnych do jego wyprodukowania. Powyższe uchybienia ze strony Zamawiającego miały wpływ na prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia właśnie przez fakt, iż zakres prac jest niespójny z ustalonym na ich realizację terminem. Doprowadziło to do przygotowania opisu z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, co jest oczywiście wbrew dyspozycji m.in. art. 29 ust. 2 Pzp. Nie budzi zatem wątpliwości, iż w takim stanie rzeczy doszło także do naruszenia wszystkich ww. przepisów. W ocenie Odwołującego wszystkie odpowiednie regulacje ogłoszenia i SIWZ odnoszące się do terminu realizacji przedmiotu zamówienia (wszystkie bez wyjątku dotyczące tej kwestii, w tym także te zamieszczone we wzorze umowy) powinny zatem ulec zmianie. Odwołujący wskazuje, że biorąc pod uwagę zakres przedmiotu niniejszego zamówienia obiektywnie minimalnym realnym terminem jego wykonania jest 31.12.2012 r. W związku z tym zmiany SIWZ powinny uwzględniać co najmniej taki termin.

W powyższym kontekście wykonawca kwestionuje również zmianę ogłoszenia i SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, tj. wskazanie jako jednego z nich terminu realizacji zamówienia z wagą 20%, bowiem zaoferowanie terminu krótszego niż maksymalny

wskazany przez Zamawiającego, będzie nadal oferowaniem świadczenia niemożliwego do spełnienia.

## II. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 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, a nadto przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył powyższe przepisy dokonując nadmiernie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (wymagania techniczne). W Załącznik nr 1 do SIWZ Punkt IV ppkt 1 w brzmieniu po zmianach z dnia 12.09.2012 r. Zamawiający odnosi się do konkretnych rozwiązań jakie mają zostać zastosowane przy budowie pojazdu.

Pomimo tego, iż Zamawiający nie wskazuje producenta falownika chłodzonego powietrzem, to przez narzucenie tego rozwiązania i wykluczenie możliwości stosowania falowników chłodzonych czynnikiem ciekłym w istocie ogranicza konkurencję i narzuca Wykonawcy stosowanie falownika, którego jedynym producentem jest MEDCOM sp. z o.o.

Niezrozumiałe jest wprowadzenie do SIWZ wymogu, aby przewód łączący falowniki z silnikami trakcyjnymi był nie dłuższy niż 20 m. Długość przewodu zależy od tego w jakiej odległości od falowników producent umieścił silniki trakcyjne i w tym zakresie stosowane są bardzo różne rozwiązania, a długości kabli dochodzą do 38 - 45 m, co nie ma wpływu na uzyskanie świadectwa homologacji i eksploatację pojazdów. Zastosowanie tego rodzaju wymogu przez Zamawiającego może mieć jedynie na celu ograniczenie konkurencji, bądź wręcz przy zestawieniu z terminem realizacji zamówienia wskazuje na preferowanie Wykonawcy posiadającego tego typu rozwiązania.

W Załącznik nr 1 do SIWZ Punkt V ppkt 5 Zamawiający zażądał konkretnego układu wózków w pojeździe, który preferuje jednego wykonawcę i w ten sposób ogranicza konkurencję, albowiem w czasie przeznaczonym na realizację zamówienia żaden inny producent nie jest w stanie zbudować, ani przekonstruować posiadanego pojazdu wg oczekiwań Zamawiającego. Zastosowane rozwiązania w zakresie wózków napędnych



nie mają znaczenia dla późniejszej eksploatacji pojazdów, stąd preferencja ze strony Zamawiającego dla jednego z nich ma jakiegokolwiek uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ polegającej na skreśleniu w Załącznik nr 1 do SIWZ pkt V ppkt 5 zdania w brzmieniu: *Wykluczone jest zastosowanie napędnych wózków wspólnych (Jacobsa)*. Odwołujący wskazał, że spośród producentów znanych Odwołującemu cechy techniczne wskazane przez Zamawiającego w pkt IV ppkt 1 oraz pkt V ppkt 5 posiada jedynie pojazd typu 19 WE produkcji NEWAG SA wyprodukowany dla SKM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Dodatkowo wykonawca wskazuje, że SIWZ zawiera liczne błędy, które powodują iż opis przedmiotu zamówienia nie jest dostatecznie dokładny i może budzić poważną wątpliwość przy sporządzaniu oferty: 1) Załącznik nr 1 pkt XI ppkt 22 - mowa o minimum 3 nadajnikach dla całej dostawy sześciu pojazdów, 2) Załącznik nr 1 pkt XVIII ppkt 5 lit n) - zamawiający wymaga dokumentacji urządzeń ETCS, chociaż nie mają one być zamontowane w pojeździe. 3) Załącznik nr 2 - § 4 ust. 1 pkt 1.6. lit. c) - mowa o kompletnych wózkach po modernizacji.

### III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy

Stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców(...)*. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z niniejszego Odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 pzp. Przez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów, Zamawiający dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców albowiem ustalił treść ogłoszenia i SIWZ (w tym w szczególności ww. postanowienia) w taki sposób, iż w sposób znaczny miało to wpływ na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, drastycznie ograniczając konkurencję. Jednocześnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi sytuacja, że biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia w SIWZ został określony niemożliwy do spełnienia termin realizacji zamówienia. Brak zmiany niemożliwego do spełnienia terminu narusza zasady uczciwej konkurencji stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust 1 Pzp. Przepis ten narusza również dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia

zawarty w Załączniku nr 1 w zakresie wskazanym powyżej. Mając na uwadze powyższe niniejsze odwołanie jest konieczne i zasługuje na uwzględnienie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 września 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez Zamawiającego - umowę z 10 września 2012r. zawartą pomiędzy Kolejami Śląskimi Sp. z o.o., a Odwołującym wraz z załącznikiem nr 1 do SIWZ na okoliczność wykazania, że Odwołujący realizuje zamówienie w przedmiocie takich samych rodzajów pojazdów szynowych jakie są przedmiotem postępowania o udzielenie. Izba dopuściła dowód złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego tj. (informacja, wydruk w języku angielskim z tłumaczeniem uczestnika postępowania odwoławczego) dowód na okoliczność wykazania, że istnieją inni producenci, którzy byliby w stanie spełnić wymagania techniczne określone w postępowaniu oraz wydruk ze strony internetowej producenta falowników (Ingeteam), których używa Odwołujący na okoliczność wykazania, że producent ten jest w stanie wyprodukować falownik chłodzony powietrzem (wydruk w języku angielskim z tłumaczeniem uczestnika postępowania odwoławczego).

Izba ustaliła, że Zamawiający 12 września 2012 roku dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikacji SIWZ (pismo ZNZP.272.167.2012.RK2).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję* - oraz 387 § 1 KC - *Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna* - w zw. z art. 14 ustawy *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm. ), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* oraz 139 ust. 1 ustawy *Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji i nieadekwatny do zakresu prac przyjętych w opisie przedmiotu zamówienia oraz prowadzenie postępowania, którego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, a także naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy - *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* - i art. 29 ust. 2 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu w sposób niezgodny z tymi przepisami naruszający uczciwą konkurencję, oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* - przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów ustawy skutkujących prowadzeniem postępowania w sposób naruszający zasady i wpływającym na krąg potencjalnych wykonawców przez jego nieuzasadnione ograniczenie. Izba uznała za niezasadne i odwołanie oddaliła.

Rozpoznając zarzuty odwołania dotyczące naruszenia zasad konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Izba w pełni podziela i przyjmuje za własną

argumentację reprezentowaną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 kwietnia 2011 roku (sygn. akt KIO 680/11): *na wstępie Izba wskazuje na podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego - zasadę swobody umów. Na podstawie art. 353[1] Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić. Jak wskazuje ww. przepis kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Prawa zamówień publicznych, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ZamPubU). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów - zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, warunkach jego realizacji, etc.) oraz o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (kryteriach oceny ofert). Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach s.i.w.z. (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją niewątpliwie przypadki, o których można bez*

wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają i takie, przy których naruszenia konkurencji nie występują, ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesadzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania. Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług obywatelom się bez stawiania jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu oraz bez innych kryteriów oceny ofert niż cena, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności np. nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze. Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą s.i.w.z. ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia (uczciwa konkurencja). Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia s.i.w.z. preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet

do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki). A contrario uznać należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie ww. zasad ustawy. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 ZamPublU), jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać. Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w s.i.w.z., z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań s.i.w.z., które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ZamPublU, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 § 1 Kc to niemożliwość obiektywna, zatem świadczenia tego nie byłby w stanie spełnić Odwołujący (dłużnik), ani nikt inny, natomiast ocenę tej niemożliwości uzasadniają ograniczenia wynikające z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (porównaj wyrok SA w Poznaniu z 27.5.1992 r. sygn. akt I ACr 162/92; wyrok SN z 22.11.1973 r. sygn. akt III CRN 255/73, wyrok SN z 8.5.2002 r. sygn. akt III CKN 1015/99; wyrok SN z 8.1.2009 r. sygn. akt I CSK 239/08 wyrok SN z 20.3.2009 r. sygn. akt II CSK 611/08). Brak możliwości spełnienia świadczenia po stronie dłużnika, niemożliwość subiektywna, nie wpływa na ważność umowy a może mieć jedynie znaczenie dla wykonania umowy. Uwzględniając ujęcie obiektywne niemożliwości świadczenia należy skupić na samym świadczeniu, na jego przedmiocie, nie odnosić jej do sytuacji podmiotu. W

tym miejscu należy odnieść się również do tak zwanej niemożliwości gospodarczej świadczenia (*rozumie się przez nią taką sytuację, w której spełnienie świadczenia wprawdzie jest możliwe z technicznego punktu widzenia, ale całkowicie nieuzasadnione z punktu widzenia racjonalności ekonomicznej, ze względu na konieczne koszty i starania*), jednakże i w tym przypadku, co podnoszone jest w orzecznictwie, uwzględniając *cel umów, swobodę ich zawierania i kształtowania treści oraz zasady gospodarki wolnorynkowej należy opowiedzieć się za bardzo ostrożnym postępowaniem się koncepcją niemożliwości gospodarczej*. Co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że jedynie w sytuacji, i tylko wtedy, gdy spełnienie świadczenia byłoby ekonomicznie nieracjonalne dla kogokolwiek (a nie tylko dla konkretnego wykonawcy (dłużnika)), stan taki może zostać zakwalifikowany jako niemożliwość świadczenia (tak też *P. Machnikowski*, w: System PrPryw, t. 5, s. 517). Zgodnie z tezą wyroku Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 2010 roku (sygn. akt V CSK 379/09) *Przepis art. 387 § 1 KC reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności zachowania przez te strony terminu spełnienia świadczenia*. W uzasadnieniu orzeczenia czytamy: *Należy bowiem stwierdzić, że czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym - niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej)*. *Przepis art. 387 § 1 KC odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu (verbe legis: „umowa o świadczenie niemożliwe”)*. Nie można, na gruncie Prawa zamówień publicznych, stwierdzić, że uzasadnieniem dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu jest brak możliwości zaoferowania danego przedmiotu, który spełnia wymagania Zamawiającego, z uwagi na określony przez Zamawiającego czas (porównaj: wyrok KIO z 21 kwietnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 434/09). Należy również uwzględnić fakt, że zakaz, który wynika z art. 29 ust. 2 ustawy nie kształtuje w żadnej mierze obowiązku po stronie Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w sposób, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy z danego obrębu rynku. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do takiego opisanie przedmiotu, który zabezpieczy jego potrzeby (porównaj: wyrok KIO z 4 grudnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1602/09; wyrok KIO z 29 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 821/11). Zamawiający wyjaśnił, że zmiana terminu realizacji zamówienia z pierwotnie określonego 17 grudnia 2012 roku na 30 listopada 2012 roku wynikała z: po pierwsze braku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego realizowanego przez Koleje Śląskie Sp. z o.o. na leasing 36 pociągów spalinowych; po drugie przejęcia z dniem 9 grudnia 2012 roku obowiązków przewoźnika w całym Województwie Śląskim przez Koleje Śląskie Sp. z o.o. i konieczność przygotowania zarówno pojazdu, jak i autoryzacji personelu;

po trzecie wynika to ze źródła finansowania, środki pochodzą z rezerwy celowej budżetu państwa, a decyzja o ich przyznaniu pochodzi z początku września 2012 roku. Wskazać należy również, że opisanie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki przez dane zamówienie zamierza osiągnąć Zamawiający nie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (porównaj: wyrok KIO z 20 lutego 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 130/09; wyrok KIO z 13 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 707/11).

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić, w szczególności pozwolą ocenić stopień ograniczenia konkurencji i zakwalifikować go jako stopień niedopuszczalny. Prawem bowiem Zamawiającego jest opisanie potrzeb w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniła wymagania Zamawiającego a sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty Odwołującemu nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (porównaj: wyrok KIO z 17 stycznia 2008 roku



sygn. akt KIO/uzp 80/07). *Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 ZamPublU stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Przy czym, w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 ZamPublU nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak brak obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje - powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 680/11; porównaj wyrok z 21 marca 2011 sygn. akt 470/11). Odwołujący nie wykazał prawdopodobieństwa ograniczenia konkurencji wskazał jedynie rzeczowo powody, dla których złożenie oferty a w przypadku jej wyboru przez Zamawiającego realizacja zamówienia może być dla Odwołującego utrudniona. Jednakże samo utrudnienie jakie może zaistnieć po stronie Odwołującego nie stanowi o ograniczeniu zasady konkurencji.*

Badanie i dokonywana ocena naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy muszą być analizowane w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07/za) *formalizm postępowania o udzielnie zamówienia nie jest celem samym w sobie..., w szczególności nie wyłącza sprawnego i racjonalnego dokonywania zakupów w ramach zamówień publicznych. (...) Formułowana w przepisach ustawy zasada nieograniczania konkurencji wcale nie jest zasadą bezwzględną – tak jak w przypadku braku obowiązku podmiotowego dopuszczenia do ubiegania się o zamówienie wszystkich zainteresowanych wykonawców, istnieje możliwość ograniczenia dostępu do zamówienia poprzez adekwatne do zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tak też zamawiający nie ma obowiązku opisać przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby zapewnić możliwość realizacji przez wszystkie podmioty występujące w danej branży na rynku. Okoliczność, że dostawa określonego urządzenia stanowi trudność czy jest nawet niemożliwa dla odwołującego nie stanowi podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stanowisko takie ugruntowane jest w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej (porównaj: KIO/UZP 510/08,*

KIO/UZP 484/08, KIO/UZP 148/09, KIO/UZP 130/09). Izba uznała argumentację przedstawioną przez Zamawiającego a popartą dowodem tj. umową z 10 września 2012r. zawartą pomiędzy Kolejami Śląskimi Sp. z o.o., a Odwołującym wraz z załącznikiem nr 1 do SIWZ, który to dowód został złożony na okoliczność wykazania, że Odwołujący realizuje zamówienie w przedmiocie takich samych rodzajów pojazdów szynowych jakie są przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia. Stanowisko Zamawiającego i złożony dowód potwierdzają, że Odwołujący realizuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami określonymi w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego a kwestionowanym przez Odwołującego w zakresie wymagań co do długości przewodu łączącego falowniki z silnikami trakcyjnymi - nie dłuższy niż 20 m, wymagania co do chłodzenia falowników trakcyjnych powietrzem oraz wymagania w zakresie układu wózków. Odwołujący nie kwestionował faktu, iż przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego jest tożsamy z tym jaki jest przedmiotem dostawy z wyżej przytoczonej umowy, co więcej potwierdził, że są to te same pojazdy. Izba uznała argumentację Zamawiającego, że falowniki chłodzone powietrzem produkowane są przez różnych producentów, innych niż wskazany przez Odwołującego, to jest: Siemens, Hitachi, ABB, Tranelec, CEPESA. Izba uznała również argumentację Zamawiającego, że falowniki chłodzone powietrzem mają mniejsze koszty eksploatacji, a do falowników chłodzonych cieczą wymagana jest dodatkowa instalacja, co podraża eksploatację pojazdu. W zakresie tej argumentacji Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnego stanowiska. Izba uznała również za zasadną argumentację uczestnika postępowania odwoławczego oraz dowód złożony przez niego tj. wydruk ze strony internetowej, z którego wynika, że producent falowników jakie wykorzystuje Odwołujący produkuje również falowniki chłodzone powietrzem. Izba nie uwzględniła przy rozpatrywaniu sprawy drugiego dowodu złożonego przez uczestnika postępowania odwoławczego z uwagi na brak w nim informacji jakie mogłyby być istotne dla rozpoznania sprawy.

Określenie kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 18 września 2002 roku (sygn. akt III CZP 52/02), która pozostaje aktualna w obecnym stanie prawnym, *(...) Także w samym postępowaniu, dotyczącym ustalenia i zastosowania kryteriów oceny ofert jako najkorzystniejszej, musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji, warunek zaś niedyskryminacji spełniają tylko takie kryteria wyboru oferty, które są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego.* Na uwagę zasługuje również stanowisko wyrażone w orzeczeniu z 28 marca 1985 roku przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (sygn. akt C-247/83),

iż przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie nie zawsze najważniejszym kryterium jest cena. Dla Zamawiającego mogą istnieć różne istotne kryteria, w przedmiotowej sprawie Zamawiający określił jako kryterium termin wykonania zamówienia, zgodnie z podnoszoną na rozprawie argumentacją termin realizacji zamówienia jest dla Zamawiającego szczególnie istotnym, z uwagi na okoliczności w jakich prowadzone jest postępowanie. W ocenie Izby Odwoławczy nie udowodnił naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego przez określenie kryterium oceny oferty *termin dostawy waga 20%*.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....