

POSTANOWIENIE
z dnia 23 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Emil Kawa
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 23 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego dnia 10 września 2010 r. przez „**Peter Renz**” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-600 Grójec, ul. Armii Krajowej 43 od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Województwo Podlaskie – Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, 15-888 Białystok, ul. Kardynała Wyszyńskiego 1**

przy udziale **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „Peter Renz” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-600 Grójec, ul. Armii Krajowej 43 kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w

Sygn. akt KIO 1950/10

terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone we wszczętym przez Zamawiającego: Województwo Podlaskie – Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dwóch spalinowych zespołów trakcyjnych – dwuczłonowych autobusów szynowych z napędem spalinowym. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 3 września 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 171-261969, a Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu również w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej (www.wrotapodlasia.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej w skrócie „s.i.w.z.”).

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – w brzmieniu znowelizowanym (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”).

10 września 2010 r. (pismem z 9 września 2010 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień s.i.w.z. „Peter Renz” spółka z o.o. z siedzibą w Grójcu, przekazując jednocześnie kopię odwołania Zamawiającemu (potwierdzenie przekazania kopii odwołania w aktach sprawy odwoławczej). Odwołanie zostało podpisane przez Pana Petra Renza – Prezesa Zarządu, upoważnionego do reprezentacji Spółki, zgodnie z załączonym do odwołania odpisem aktualnym z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Naruszenie art. 2 pkt 5 ustawy pzp przez ustalenie kryteriów oceny ofert w taki sposób, który nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej lecz do dyskryminacji określonych rozwiązań konstrukcyjnych korzystniejszych i ekonomiczniejszych.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści s.i.w.z. poprzez:

1. Wykreślenie kryterium „P - rodzaj zastosowanej przekładni głównej” zawartego w pkt 15 s.i.w.z. lub modyfikacja w taki sposób aby to nie rodzaj zastosowanej przekładni głównej lecz uzyskiwane dzięki zastosowaniu tej przekładni parametry eksploatacyjne pojazdu były przedmiotem oceny.

Sygn. akt KIO 1950/10

2. Dokonanie analogicznych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł między innymi, iż Zamawiający poprzez nieobiektywne i nieuzasadnione funkcjonalnością nabywanych pojazdów kryteria oceny ofert dopuścił się czynu ograniczenia konkurencji co jest sprzeczne z art. 7 ustawy pzp oraz art. 2 pkt 5 ustawy, który to przepis wymaga interpretacji w świetle wdrażanego nim przepisu art. 53 ust. 1 lit. a Dyrektywy 2004/18.

Zamawiający sformułował kryterium „P – rodzaj zastosowanej przekładni głównej”, przypisując mu znaczenie 20% podczas oceny ofert. Jednocześnie wskazał, że ocena w ramach tego kryterium będzie polegała na przyznaniu przekładni, w której co najmniej jedno przełożenie jest załączane mechanicznie 0 pkt., zaś przekładni w której wszystkie przełożenia są załączane obiegami hydraulicznymi 100 pkt. W ten sposób wskazał, że nie osiągnane dzięki zastosowanej przekładni korzyści, np. uzyskanie odpowiedniej funkcjonalności, trwałości, bezawaryjności, niskich kosztów eksploatacji łatwości w obsłudze będzie w ramach tego kryterium preferowane, lecz po prostu typ zastosowanej przekładni, tj. przekładnia hydrodynamiczna. Taka preferencja – w sposób nieuprawniony dyskryminująca przekładnie hydromechaniczne prowadzi do naruszenia zasady niedyskryminacji i obiektywizmu wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp oraz ustalania kryteriów z zachowaniem tej zasady. Prowadzi również do wyboru oferty, która nie będzie najkorzystniejsza ekonomicznie, do czego zobowiązuje przywoływany przepis dyrektywy 2004/18, jeśli kryterium najniższej ceny nie jest jedynym stosowanym. Za najkorzystniejsze ekonomicznie mogłoby być uznane rozwiązanie dzięki któremu zamawiający uzyskiwałby pożądane przez siebie korzyści z nabytego urządzenia, ale nie jego określony typ, nie mający żadnej przewagi nad innymi oferowanymi na rynku równoważnymi rozwiązaniami.

Oceniając w przywołanym kryterium zastosowaną przekładnię, Zamawiający dopuszcza się naruszenia uczciwej konkurencji przez preferowanie jednego producenta takich przekładni, tj. firmy VOITH. W wyroku KIO, który zapadł w sprawie dotyczącej preferowania określonych przekładni (hydrodynamicznych) w sprawie o sygn. akt KIO 1184/2010, Izba wskazała, że to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania iż z zastosowania określonych rozwiązań przyniesie pożądane korzyści, niemożliwe do osiągnięcia w inny sposób. W przedmiotowej sprawie Zamawiający również nie wykazał jakichkolwiek przewag przekładni hydrodynamicznej nad hydromechaniczną, a mimo to wprowadził kryterium dyskryminujące stosowanie tej drugiej. Na rynku dostępne są nowocześniejsze i nie ustępujące w żaden sposób przekładniom hydrodynamicznym, przekładnie hydromechaniczne, w które z powodzeniem wyposażane są pojazdy, które zamierza nabyć Zamawiający. Zastosowanie takiej przekładni np. przekładni ECOMAT ma zarówno uzasadnienie ekonomiczne ze względu na eksploatację pojazdu (niższe zużycie paliwa wynikające z prostego przeliczenia sprawności obydwu przekładni), jak i funkcjonalne.

Sygn. akt KIO 1950/10

Przekładnia hydromechaniczna, zapewnia bowiem wszystkie parametry istotne w eksploatacji pojazdu w takim samym stopniu jak żądania przekładnia hydrodynamiczna.

Niedopuszczalny w świetle zasady równego traktowania i ochrony konkurencji jest również sposób dokonywania oceny spełniania kryterium. Wskazano w nim bowiem na przyznanie maksymalnej ilości punktów za jedno rozwiązanie i zero punktów za inne rozwiązania, podczas gdy różne rodzaje przekładni mają przewagę nad pozostałymi w poszczególnych parametrach ekonomiczno-użytkowych. Przekładnia hydromechaniczna jest bez wątpienia bardziej energooszczędna i tańsza w eksploatacji, podczas gdy hydrodynamiczna wymaga nieco mniejszej ilości przeglądów okresowych. Dopiero więc zastosowanie kryteriów opartych na więcej niż jednej istotnej cesze przekładni pozwoli porównać je w sposób obiektywny i przyznać oceny proporcjonalne do ekonomicznej wartości oferty. Odwołujący żąda w związku z tym aby bądź skreślono wskazywane w odwołaniu kryterium, bądź opisano sposób oceny w ramach tego kryterium tak, aby to uzyskiwane dzięki zastosowaniu przekładni głównej efekty ekonomiczne były przedmiotem porównywalnej i obiektywnej oceny, a nie typ zastosowanej przekładni.

W aktach sprawy odwoławczej znajduje się również pismo Zamawiającego z 10 września 2010 r., informujące zainteresowanych wykonawców o wniesionym odwołaniu i wzywające ich do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania, wraz z potwierdzeniem jego zamieszczenia w tym dniu wraz z kopią odwołania na stronie internetowej Zamawiającego. Wobec tego Zamawiający uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 185 ust. 1 pzp.

13 września 2010 r. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding z Bydgoszczy zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp).

21 września 2010 r. (pismem z tej samej daty), Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Odpowiedź na odwołanie podpisał działający z upoważnienia Marszałka Województwa Podlaskiego – Pan Bogusław Dębski, Wicemarszałek Województwa Podlaskiego.

Wobec wpłynięcia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym trzydniowym terminie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła posiedzenie z udziałem Stron i Uczestnika, w toku którego Pełnomocnik Przystępującego złożył ustnie do protokołu oświadczenie, iż nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Sygn. akt KIO 1950/10

Ponieważ Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty odwołania w całości i zobowiązał się do dokonania zmiany ogłoszenie zgodnie z żądaniem Odwołującego, stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego oraz uczynił zadość jego żądaniu.

Wobec ustalenia, iż Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący po jego stronie nie wniósł co do tego sprzeciwu, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 ustawy pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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)

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....