

Sygn. akt: KIO/UZP 361/10

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Piotr Kozłowski

Izabela Kuciak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Lubuskie, 65-057 Zielona Góra ul. Podgórna 7** protestu z dnia **22 lutego 2010 r.**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Lubuskie, 65-057 Zielona Góra ul. Podgórna 7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczanego przez **NEWAG S.A. 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Województwo Lubuskie, 65-057 Zielona Góra ul. Podgórna 7** na rzecz **NEWAG S.A. 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NEWAG S.A. 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Województwo Lubuskie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp") – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 1 sztuki fabrycznie nowego pojazdu szynowego z napędem spalinowym do kolejowych przewozów pasażerskich tzw. autobusu szynowego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 19.01.2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 11.02.2010 r. zamawiający poinformował o modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym przesunięcia terminu realizacji zamówienia (do 15.09.2010) oraz kryteriów oceny ofert (po modyfikacji: cena – 50%, termin realizacji zamówienia – 50%)

W dniu 22.02.2010 r. Newag S.A. wniosła protest wobec ww. modyfikacji treści siwz i ogłoszenia o zamówieniu.

We wstępie protestu zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 3 ustawy poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy. Ponadto protestujący wniósł o ustalenie terminu realizacji zamówienia na 15.09.2010 r. lub zmianę

wagi kryterium ceny na poziomie 90% i termin – 10% ewentualnie o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu protestu zarzucono natomiast zamawiającemu naruszenie zasad konkurencji poprzez wprowadzenie ww. modyfikacją określonych kryteriów oceny ofert, które są nierealne i z góry stawiają na przegranej pozycji oferentów nie posiadających przedmiotu dostawy aktualnie lub na etapie produkcji.

Protestujący podniósł, iż żaden z występujących na rynku podmiotów produkujących autobusy szynowe nie jest w stanie wyprodukować pojazdu w czasie krótszym niż pół roku. Każdy pojazd tego typu produkowany jest na konkretne zamówienie. Ponadto różnice w oferowanych cenach rynkowych nie przekraczają na ogół ok. 20%. Natomiast przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert wprowadzonych przez zamawiającego wykonawca posiadający pojazd gotowy lub w trakcie produkcji może zaoferować cenę o kilkadziesiąt procent wyższą (kilka milionów zł.), a i tak uzyska zamówienie. Wykonawcy oferujący wykonanie przedmiotu umowy w terminie sześciu miesięcy musieliby zaoferować ceny nierealnie zaniżone aby zrekompensować wagę terminu realizacji zamówienia. Tym samym tego typu kryteria to fikcja, która ma umożliwić wybór oferty wykonawcy, który produkcję pojazdu szynowego już rozpoczął.

W dniu 01.03.2010 zamawiający ww. protest Newag rozstrzygnął oddalając go w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono, m.in.:

„[...]”

Zamawiający w wyniku wniesionego dnia 29 stycznia 2010 r. protestu dot. zapisu pkt.II.3, pkt. IV.2.1. ogłoszenia oraz rozdziału III i XVIII SIWZ dot. terminu realizacji zamówienia oraz jednego z kryteriów tj. „doświadczenia w produkcji” dokonał zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w zakresie pkt H.3., IV.2.1 oraz rozdziału III, XVIII pkt.1 ppkt. 2 SIWZ. Termin realizacji przedmiotu zamówienia został ustalony do 15 września 2010r., a kryterium wskazane w ogłoszeniu pierwotnym (doświadczenie w produkcji) zostało zmienione na kryterium „termin realizacji”. W związku z powyższym podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia same decydować będą w jakim terminie dostarczą przedmiot zamówienia, przy uwzględnieniu jego ceny.

Zdaniem Zamawiającego zmiana zarówno terminu realizacji jak i kryterium oceny ofert, w żaden sposób nie dotyczą właściwości Wykonawców, a tym samym nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia, terminu realizacji, kryteriów oceny ofert jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem Zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym „Izba” stwierdziła, że „Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji, ani równego traktowania Wykonawców. Tak więc Protestujący nie może domagać się od Zamawiającego, aby ten zmieniał zapisy w treści SIWZ dostosowując je do wymogów technicznych, technologicznych lub dostarczenia przedmiotu zamówienia danego Wykonawcy”.

Ponadto należy podkreślić tu fakt, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu wskazał na możliwość utworzenia konsorcjum, w skład którego mogą wchodzić podmioty spełniające wymagania stawiane przez Zamawiającego. Tak, więc nie można uznać, że Zamawiający ogranicza dostępność podmiotów, które chcą ubiegać się o udzielenie, ww przedmiotu zamówienia.

[...]”

W dniu 02.03.2010 r. Newag S.A. wniosła odwołanie powtarzając i podtrzymując zarzuty i argumentację protestu w zakresie naruszenia zasad konkurencji, wskazując formalnie na naruszenie art. 7 Pzp.

„[...]”

W treści ogłoszenia oraz SIWZ zamawiający wskazał, iż jednym z kryterium oceny ofert ma być doświadczenie wykonawcy w realizacji dostaw autobusów szynowych, jak również ustalił termin realizacji zamówienia na dzień 15.05.2010 r.

Powyższe postanowienia były przedmiotem protestu NEWAG S.A. W treści protestu wskazano, iż przyjęcie jako kryterium oceny ofert doświadczenia w realizacji zamówień analogicznych z przedmiotem postępowania, wprost i literalnie narusza art. 91 Ustawy. Ponadto Odwołujący wskazał, iż ustalenie tak krótkiego terminu realizacji zamówienia narusza uczciwą konkurencję. W treści protestu wskazano szczegółowe uzasadnienie tej okoliczności.

Rozstrzygając powyższy protest, Zamawiający uznał rację NEWAG S.A. Jednocześnie dokonał modyfikacji treści ogłoszenia oraz SIWZ poprzez wykreślenie elementu doświadczenia jako kryterium oceny ofert, równocześnie ustalając termin realizacji zamówienia na dzień 15.09.2010r., jak również zmieniając kryteria oceny ofert poprzez ustalenie, iż kryterium ceny i terminu realizacji zamówienia posiadają wagę po 50%, przy czym w przypadku kryterium terminu realizacji wykonawca, który zaoferuje dostawę w terminie do 15.05.2010r. otrzyma 100 pkt., zaś wykonawca, który zaoferuje dostawę w terminie do 15.09.2010r., otrzyma punktów 5.

Jednakże, w ocenie Odwołującego, dokonana modyfikacja w dalszym ciągu narusza obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Z tego też względu NEWAG S.A. wniosła protest, który został przez Zamawiającego oddalony.

Jak wskazano w treści protestu, żaden z producentów funkcjonujących na rynku dostaw autobusów szynowych nie jest w stanie wyprodukować i dostarczyć autobusu szynowego czasie krótszym niż ok. pół roku. Powody tego stanu również zostały wskazane - otóż każdy pojazd szynowy jest produkowany pod konkretne zamówienie i odpowiada konkretnym i z reguły niepowtarzalnym oczekiwaniom zamawiającego. Z kolei różnica ceny oferowanych przez różnych producentów pojazdów, jaką można zaobserwować na rynku, to rząd wielkości ok. 20%. Przy wprowadzeniu równego znaczenia kryterium ceny i terminu realizacji zamówienia oznacza, iż oferent, posiadający gotowy pojazd (lub będący w chwili ogłoszenia o zamówieniu w trakcie produkcji), zanim oficjalnie uzyska zamówienie na ten pojazd, może ustalić cenę wyższą o kilkadziesiąt procent, czyli kilka milionów zł, niż oferent, który dostarczy pojazd cztery miesiące później, a i tak jego oferta będzie wybrana jako najkorzystniejsza.

Ponadto oferent, który nie znał parametrów zamówienia przed jego ogłoszeniem, jak i nie wiedział, że będzie ono ogłoszone, przez co ze względów obiektywnych (produkcja pod zamówienie) może dostarczyć pojazd dopiero w ostatnim dopuszczalnym terminie, musiałby zaoferować cenę niemalże dwukrotnie niższą, aby wygrać z tym oferentem, który oferuje dostawą pojazdu o cztery miesiące wcześniej. Oczywiście jest zatem, iż wprowadzone kryteria to fikcja, która ma umożliwić wybór tego z oferentów, który o zamówieniu wiedzę uzyskał przed oficjalnym ogłoszeniem i rozpoczął produkcję pojazdu jeszcze przed złożeniem oferty.

W opinii Odwołującego taka właśnie sytuacja ma miejsce, tj. istnieje wykonawca, który otrzymał wiedzę o zamówieniu i jego parametrach technicznych przed jego ogłoszeniem, produkuje pojazd, a treść SIWZ zostaje ustalona w ten sposób, by żaden inny wykonawca nie mógł skutecznie złożyć korzystniejszej oferty.

Odwołujący podnosi dodatkowo, iż w dniu 23.02.2010 r. Zamawiający dokonał kolejnej modyfikacji SIWZ poprzez zmianę zapisu dotyczącego kar umownych. Otóż zamawiający wprowadził obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej za każdy dzień zwłoki w dostawie pojazdu w wysokości 1% (!!). Zapis ten zdaje się mieć na uwadze ostrzeżenie dla wykonawców (innych niż posiadający już gotowy lub prawie gotowy pojazd dla zamawiającego) aby nie szafowali terminem realizacji zamówienia bo jego niedotrzymanie oznaczać będzie niemalże darmową dostawę autobusu dla zamawiającego. Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż zapis ten również narusza przepisy prawa i będzie przedmiotem odrębnego postępowania protestacyjnego.

Dodatkowo protestujący podtrzymuje wyjaśnienia dotyczące funkcjonowania rynku dostaw autobusów szynowych, a w szczególności:

Zamówienia na dostawy pojazdów szynowych, w tym autobusów szynowych, są zawsze zamówieniami jednostkowymi. Nie istnieje regularny rynek w tym zakresie, na którym istnieją rynkowe mechanizmy przedsiębiorca - klient. Każdy produkt na tym rynku jest oferowany i produkowany pod kątem konkretnej potrzeby i konkretnego zamówienia. Jest tak tym bardziej, iż praktycznie nie istnieją dwa zamówienia na dwa identyczne pojazdy - każdy z zamawiających wprowadza swoje

odrębne wymogi w tym zakresie. W efekcie nie można mówić o istnieniu standardowego produktu, jaki może być oferowany różnym klientom. Każde zamówienie wymaga wyprodukowania specyficznego pojazdu - dostosowanego do konkretnych oczekiwań. Taka też jest praktyka firm produkujących pojazdy szynowe, nie tylko w kraju, ale i na całym świecie, z których żadna nie produkuje pojazdów „na magazyn”. Koszt takiego przedsięwzięcia oraz ryzyko braku klienta na dany gotowy pojazd są bowiem niezmiernie wysokie (kilka milionów złotych - cena jednego pojazdu oscyluje w granicach 6,5 - 8 mln zł).

[...]”

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W pierwotnym brzmieniu ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający oznaczył termin realizacji zamówienia na 15.05.2010 (pkt. II.3 ogłoszenia i rozdz. III siwz) oraz przewidział kryteria oceny ofert w kształcie: 1) cena – znaczenie 70%, 2) doświadczenie w produkcji – znaczenie 30% (pkt IV.2.1 ogłoszenia, rozdz. XVIII pkt 1 ppkt 1 i 2 siwz)

Powyższe postanowienia siwz były przedmiotem protestu NEWAG S.A. z dnia 29.01.2010 r., w którym wykonawca zarzucał zamawiającemu przyjęcie nierealnego terminu wykonania zamówienia oraz domagał się przedłużenia terminu realizacji dostawy do 15.09.2010r, a także domagał się usunięcia doświadczenia w produkcji jako kryterium oceny ofert, jako niedopuszczalnego w świetle art. 91 ust. 3 Pzp (zarzut: kryteria odnoszące się do właściwości wykonawców).

W dniu 11.02.2010 r. ww. protest został uznany przez zamawiającego w całości.

W następstwie uznania protestu zamawiający zmodyfikował treść ogłoszenia i siwz poprzez usunięcie kwestionowanych postanowień, a na ich miejsce odpowiednio wprowadził:

- termin wykonania zamówienia do 15.09.2010 r.

- kryteria oceny ofert:

1) C - cena – znaczenie 50%

2) T - termin realizacji – znaczenie 50%

Przy czym w kryterium „cena” wykonawca otrzyma mak. 50 punktów obliczanych według wzoru: $C = \text{cena oferty najniższej} / \text{cena oferty badanej} \times 100\%$ i następnie pomnożona przez 50%.

Przy czym w kryterium „termin realizacji” przyjęto następujący sposób punktacji:

Jeśli wykonawca określi maksymalny termin realizacji zamówienia, tj. do 15.09.2010 r. otrzyma 5 pkt.

Jeśli wykonawca skróci ww. termin - o jeden miesiąc, tj. określi termin realizacji do 15.08.2010 r. otrzyma 10 pkt, o dwa miesiące – 20 pkt, o trzy miesiące – 50 pkt, o cztery miesiące, tj. do 15.05.2010 r. otrzyma 100 pkt

Obliczenie ilości punktów w ramach ww. kryterium odbędzie się według wzoru:

$T = \text{ilość punktów (bazowych)} \times 50\% \text{ (waga znaczenia kryterium)} = \text{maksymalnie } 50 \text{ pkt.}$

Za ofertę najkorzystniejszą uznana zostanie oferta, która uzyska najwyższą sumę punktów [C + T]

Sformułowane/zmodyfikowane w ten sposób kryteria oceny ofert stały się przedmiotem rozpatrywanego protestu i odwołania NEWAG S.A.

Dodatkowo, na wniosek PESA S.A., który wpłynął do Urzędu Marszałkowskiego w dniu 22.02.2010 r., podnoszącej konieczność zabezpieczenia zamawiającego przed celowym podawaniem przez wykonawców terminów dostawy, których nie będą mogli dotrzymać, w celu uzyskania korzystniejszej oceny oferty, zamawiający w dniu 23.02.2010 r. podniósł kary umowne za opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy z 0.2 % na 1 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający kształtując w opisany wyżej sposób postanowienia siwz, konkretnie kryteria oceny ofert odnoszące się do terminu realizacji zamówienia, doprowadził do sytuacji, w którym naruszone zostały zasady prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy, który stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji wykonawców. Poza przypadkami zamawiania najprostszycy dostaw czy usług zazwyczaj obywatelami się bez stawiania jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu oraz bez innych kryteriów oceny ofert niż cena, postanowienia specyfikacji nigdy nie będą w równym stopniu odpowiadać wszystkim

wykonawcom zainteresowanym wykonaniem danego zamówienia. W każdym z takich przypadków na rynku występowałby będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli skutecznie konkurować w uzyskaniu zamówienia.

Ww. ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny, tzn. formalnie i wprost – podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot ich oferty zostaną nie dopuszczone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia siwz prowadzą do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. 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, tj. ograniczenia konkurencji, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego określonym podmiotom uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców obecnych na rynku.

Podstawową miarą i punktem odniesienia przy ustalaniu stopnia dopuszczalności tego typu preferencji jest przede wszystkim identyfikacja i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz 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 jakiegokolwiek 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, stanowiłoby będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. 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: jako proporcjonalnie malejące, w świetle przepisów ustawy, należałoby będzie ocenić przyzwolenie na ograniczanie konkurencji w przypadku relatywnie słabego uzasadnienia dla tego typu działań zamawiającego – nieuzasadnione ograniczenie konkurencji należy uznać za przekreślenie zasady „uczciwej konkurencji”. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać. Jakkolwiek 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jednak należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia, podlegają zarówno przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego zamówienia Izba uznała, że kryteria oceny ofert przewidziane przez zamawiającego w modyfikacji siwz z dnia 11.02.2010 r. prowadzą do realnej dyskryminacji odwołującego, preferując jednocześnie ofertę przystępującego, tj. przesądzają właściwie o udzieleniu zamówienia PESA S.A.

W pierwszej kolejności za wiarygodne i udowodnione Izba uznała okoliczności, iż PESA S.A. jest dominującym podmiotem na krajowym rynku dostaw szynobusów, czy nawet jedynym podmiotem od roku 2004 dostawy tego typu realizującym. Powyższym twierdzeniem odwołującego zamawiający ani przystępujący nie zaprzeczyli. Zamawiający podnosił, iż ofertę w zakresie objętym przedmiotem zamówienia mogła złożyć jeszcze firma STADLER (spółka szwajcarska obecna na polskim rynku) oraz że kształtując postanowienia siwz otwierał zamówienie również na funkcjonujące w Polsce dwa zakłady naprawcze (ww. podmioty oferty w przedmiotowym postępowaniu nie złożyły), natomiast przystępujący podnosił jedynie, że niezasadne jest ograniczanie czy też rozpatrywanie doświadczenia wykonawców jedynie do rynku dostaw szynobusów, a nie wszystkich pojazdów szynowych.

Za jedynie hipotetyczną, tj. nie wpływającą realnie na polski rynek dostaw autobusów szynowych, uznano możliwość złożenia oferty przez wielkie koncerny europejskie czy światowe specjalizujące się w produkcji pojazdów tego typu. Okolicznością bezsporną jest nikłe zainteresowanie dostawami szynobusów w Polsce ze strony takich podmiotów. W związku z powyższym, czyli *de facto* lokalnym charakterem przedmiotowego zamówienia, ocenę jego wpływu na konkurencyjność ograniczono jedynie do rynku polskiego.

Za wiarygodną i przyznaną uznano również okoliczność, iż spalinowe pojazdy szynowe produkuje się na konkretne zamówienie dostosowując je do wyspecyfikowanych potrzeb kontrahenta, tj. specyfika rynku powoduje, iż nie ma możliwości bieżącej produkcji i magazynowania kosztownych przedmiotów dostawy, tak aby oferować je w odpowiedzi na bieżące zamówienie/zapotrzebowanie, w relatywnie krótkich terminach dostawy.

Dla wykonawcy nie posiadającego gotowego lub zaawansowanego w produkcji pojazdu konieczne jest przejście i przeprowadzenie pełnego cyklu produkcyjnego od momentu

podpisania umowy na jego dostawę. Z wielką dozą prawdopodobieństwa można przyjąć, iż jedynym podmiotem występującym na rynku polskim, który może dotrzymać najkrótszego terminu dostawy, jest przystępujący. Jedynie przystępujący realizując właściwie stale, w przeciągu kilku ostatnich lat dostawy pojazdów o podobnym rodzaju, standardzie i wyposażeniu może zaoferować pojazd, którego produkcję zaawansował już przed uzyskaniem danego zamówienia na potrzeby innych projektów i planów realizacyjnych lub zmodyfikować jedynie i dostosować pojazd wykonywany uprzednio w ramach innych zamówień. Nawet w przypadku gdy pojazdów o zaawansowanej produkcji nie posiada lub nie ma możliwości „przerzucenia” pojazdów produkowanych w ramach innych kontraktów ze względu na stałe nastawienie i przygotowanie produkcji w zakresie tego typu pojazdów, które w podstawowych i zasadniczych parametrach odpowiadają produkowanej i oferowanej na rynku przez niego ofercie, będzie mógł zaoferować terminy dostawy krótsze niż wykonawcy na rynek wchodzący i dopiero rozpoczynający swoją produkcję w tym zakresie. Jak wskazano powyżej jedynym podmiotem obecnym ze swoją ofertą na rynku jest PESA S.A. – wszyscy pozostali polscy producenci taboru szynowego, którzy dopiero chcą wejść na rynek dostaw spalinowych autobusów szynowych są tego typu możliwości pozbawieni.

W związku z powyższym, w tego typu warunkach rynkowych, szczególnie istotne dla oceny nienaruszania zasady uczciwej konkurencji i zabezpieczenia równego traktowania wykonawców jest sposób ukształtowania kryteriów oceny ofert czy innych warunków zamówienia odnoszących się do terminów realizacji zamówienia, jako mogących przesądzić o przyznaniu zamówienia określonemu podmiotowi.

Powyższe okoliczności i warunki wykonania zamówienia, wraz z okolicznością złożenia w postępowaniu jedynie dwóch ofert wykonawców, z których jedynie oferta PESA zawiera trzymiesięczny termin dostawy, oraz opisanymi zabiegami przystępującego aby zaostrzyć wymagania umowy w przedmiocie kar umownych wymuszających restrykcyjne podchodzenie przez wykonawców do kalkulowania możliwości przekroczenia zaoferowanych terminów, stanowi poważną poszlakę, ze tego typu ukształtowanie kryteriów oceny ofert jest dla przystępującego korzystne. Natomiast zestawienie powyższego z wagą kryterium terminowego oraz sposobem naliczania punktacji w tym kryteriów, jednoznacznie dowodzi, iż oferując termin dostawy dla konkurencji zasadniczo niedostępny, wykonawca pomimo zaoferowania cen znacząco wyższych i tak dane zamówienie uzyska.

Abstrahując od ustalenia czy termin wykonania dostawy pojazdu w ciągu trzech miesięcy jest terminem realnym i możliwym do osiągnięcia przez innych wykonawców niż PESA S.A., na podstawie przebiegu postępowania wskazać należy, iż zamawiający uwzględniając pierwszy protest NEWAG w tym zakresie przyznał, iż jego utrzymanie jako maksymalnie wymaganego terminu dostawy narusza konkurencję, ponadto wydłużając termin maksymalny zgodnie z

żądaniem protestu zamawiający przyznał i pokazał, iż termin sześciomiesięczny jest dlań terminem dopuszczalnym i możliwym do przyjęcia.

Przyznanie tego typu nie może być niejako „neutralizowane” poprzez wprowadzenie postanowień siwz w inny sposób przesądzających o wyniku postępowania. W przypadku gdy zamawiający zakładał konieczność uzyskania zamówienia w określonym i nieprzekraczalnym terminie winien taki termin ustalić i uzasadnić jego wymaganie. W przypadku sporu o jego zasadność, doszłoby wtedy do oceny czy jego określenie uzasadnione jest potrzebami zamawiającego, związanymi np. z pilną potrzebą wymiany taboru szynowego, koniecznością wydatkowania środków lub przemożnymi względami społecznymi. Jednakże w przypadku gdy termin dostawy nie jest ograniczany do niezbędnego zdaniem zamawiającego minimum, a jedynie wprowadza się kryteria oceny ofert, które jednoznacznie preferują wykonawców, którzy skrócony termin mogą zaoferować, tzn. dopuszczają, iż wykonawcy oferujący minimalny wykonania zamówienia właściwie niezależnie od wysokości zaoferowanej ceny zamówienie uzyskają – postanowienia tego typu uznać należy za dyskryminujące część wykonawców obecnych na rynku w sposób nie uzasadniony potrzebami zamawiającego, a tym samym niedopuszczalne w świetle wskazywanego art. 7 ust. 1 Pzp.

Dla stwierdzenia i uznania ww. okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia Izba oparła się na stanowiskach stron i przystępującego wyrażonych w pismach procesowych i zgłoszonych na rozprawie, uznając je za wystarczające dla rozstrzygnięcia sprawy. Przedłożone przez odwołującego na rozprawie opracowanie „Co to jest autobus szynowy” oraz powołane w przystąpieniu do postępowania odwoławczego dowody uznano za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy – wynikające z nich okoliczności nie przeczą ustaleniom Izby, które w związku z ich charakterem i przyznaniem nie wymagają również wzmacniania przez tego typu dokumenty.

W związku z upływem terminu składania ofert i ich otwarciem w niniejszym postępowaniu, Izba poprzestała na uwzględnieniu odwołania bez nakazywania dokonywania modyfikacji siwz jako niedopuszczalnej na takim etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje jednakże, że z tego typu rozstrzygnięcia wynika jednoznacznie, iż w jej ocenie zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w oparciu o postanowienia siwz dotyczące kryteriów oceny ofert, naruszające zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....