

Sygn. akt KIO 1183/10,

KIO 1184/10

WYROK

z dnia 30 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 czerwca 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. NEWAG Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu, przy ul. Wyspiańskiego 3

B. Peter Renz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu, ul. Armii Krajowej 43

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Podkarpackie – Marszałka Województwa Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, ul. Łukasza Cieplińskiego 4**

przy udziale **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania wniesionego przez **NEWAG Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu, przy ul. Wyspiańskiego 3**

i przy udziale **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania wniesionego przez **Peter Renz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu, ul. Armii Krajowej 43**

orzeka:

1a. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonać modyfikacji ogłoszenia

o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, aby

1. pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Uwagi wstępne nadać brzmienie :

„1. Świadczenie dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego – terminowe lub tymczasowe. W przypadku dostarczenia świadectwa tymczasowego. Wykonawca przed upływem terminu świadectwa tymczasowego dostarczy bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego”

2. w załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Wymagania dotyczące nadwozia, Pomieszczenie dla pasażerów zapis „Odstęp pomiędzy siedzeniami w układzie szeregowym – minimalnie 750 mm mierzone pomiędzy oparciami foteli” zastąpić „Odstęp pomiędzy siedzeniami w układzie szeregowym – minimalnie 660 mm mierzone pomiędzy oparciami foteli”

3. w załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt 3 Charakterystyka techniczna i parametry trakcyjne autobusu szynowego zapis „Każdy zamówiony autobus szynowy powinien posiadać 70–90 miejsc siedzących i liczbę miejsc ogółem 160-180, w tym nie więcej niż 8% miejsc składanych – uchylnych” zastąpić „Każdy zamówiony autobus szynowy powinien posiadać 70–90 miejsc siedzących, w tym nie więcej niż 15 miejsc składanych - uchylnych i liczbę miejsc ogółem 160-180”

4. w § 11 ust. 1 pkt 1 załącznika nr 2 do siwz Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie miał brzmienie

„1) Świadczenie dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego – terminowe lub tymczasowe. W przypadku dostarczenia świadectwa tymczasowego. Wykonawca przed upływem terminu świadectwa tymczasowego dostarczy bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. W przypadku niedostarczenia bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu dostarczonego przez Wykonawcę, Wykonawca zostanie obciążony kosztami

uzyskania bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz wszelkimi innymi kosztami wynikającymi z tytułu wyłączenia z eksploatacji pojazdów szynowych z powodu braku wymienionego świadectwa”,

to jest zgodnie z oświadczeniem zamawiającego złożonym w piśmie z dnia 23 czerwca 2010r. i zaakceptowanym przez odwołującego NEWAG S.A. na rozprawie oraz

5. w pkt 4 w załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dopuścić rozwiązania równoważne wymaganej przez zamawiającego przekładni hydrodynamicznej ze wskazaniem minimalnych parametrów technicznych i jakościowych lub minimalnych wymagań funkcjonalnych

1b. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonać modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, aby w pkt 4 w załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dopuścić rozwiązania równoważne wymaganej przez zamawiającego przekładni hydrodynamicznej ze wskazaniem minimalnych parametrów technicznych i jakościowych lub minimalnych wymagań funkcjonalnych

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Podkarpackie – Marszałka Województwa Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, ul. Łukasza Cieplińskiego 4** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NEWAG Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu, przy ul. Wyspiańskiego 3**
 - B** koszty w wysokości **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Peter Renz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu, ul. Armii Krajowej 43,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **37 199 zł 00gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy sto dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione

koszty strony, w tym:

- A** kwoty **18 599 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Województwo Podkarpackie – Marszałka Województwa Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, ul. Łukasza Ciepłińskiego 4** na rzecz **NEWAG Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu, przy ul. Wyspiańskiego 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego,
- B** kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Województwo Podkarpackie – Marszałka Województwa Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, ul. Łukasza Ciepłińskiego 4** na rzecz **Peter Renz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu, ul. Armii Krajowej 43** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Skład orzekający Izby

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 5 sztuk fabrycznie nowych jednoczłonowych autobusów szynowych o napędzie spalinowym zostało wszczęte przez zamawiającego – Województwo Podkarpackie – Marszałka Województwa Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, ul. Łukasza Ciepłińskiego 4 ogłoszeniem o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2010r. za numerem 2010/S 107-162486.

Sprawa sygn. akt KIO 1183/10

W dniu 14 czerwca 2010r. NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, przy ul. Wyspiańskiego 3, zwany dalej odwołującym nr 1 wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówieni. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 (także w zw. z art. 30 ust. 4) Ustawy w zakresie wymogów technicznych przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a to na skutek opisu przedmiotu zamówienia wskazującego w efekcie jedyne go dostawcę (pkt. 1.1, pkt. 2 oraz pkt.4. załącznika nr 1 do SIWZ) w zakresie wymogu posiadania bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu szynowego, wymogu wyposażenia pojazdu w minimum 70 miejsc siedzących oraz wymogu wyposażenia pojazdu w przekładnię główną hydrodynamiczną. Według odwołującego taki opis przedmiotu zamówienia narusza interes prawny Odwołującego, ponieważ uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, a tym samym uzyskanie zamówienia. Odwołujący jest podmiotem działającym na rynku dostawy pojazdów szynowych, mogącym się ubiegać o wykonanie przedmiotowego zamówienia w związku z faktem iż dostarcza on nowe pojazdy szynowe w szczególności spalinowe zespoły trakcyjne. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący dołącza do niniejszego odwołania kopię ogłoszenia o zamówieniu na dostawę 6 sztuk spalinowych zespołów trakcyjnych dla Województwa Pomorskiego oraz kopię ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, wskazującą na fakt, że w powyższym postępowaniu wybrana została oferta Odwołującego. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) skreślenia bądź zmiany pkt. 1.1 załącznika nr 1 do SIWZ (skreślenie wymogu posiadania świadectwa bezterminowego ewentualnie dopuszczenie możliwości posiadania świadectwa terminowego z obowiązkiem doręczenia zamawiającemu świadectwa bezterminowego w trakcie realizacji zamówienia)
- 2) ustalenia minimalnej ilości miejsc siedzących na liczbę z przedziału 60 - 70 miejsc łącznie z miejscami składanymi (pkt. 2 załącznika nr 1 do SIWZ)
- 3) skreślenie zmianę pkt. 4 załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie dotyczącym wymogu wyposażenia pojazdu w przekładnię główną hydrodynamiczną poprzez skreślenie tego wymogu, ewentualnie dopuszczenie zastosowania przekładni głównej hydromechanicznej

lub rozwiązań równoważnych.

oraz o przeprowadzenie dowodów szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W pkt. 1.1 Załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wskazał, iż oferowany w postępowaniu pojazd winien posiadać bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu szynowego. Świadectwa te wydawane są przez Urząd Transportu Kolejowego (w trybie przepisów ustawy o transporcie kolejowym) i oznaczają dopuszczenie danego pojazdu do ruchu kolejowego bez ograniczeń czasowych.

Wymóg taki, zdaniem Odwołującego, narusza zasadę uczciwej konkurencji. W pierwszej kolejności, aby wykazać to ograniczenie, odwołujący pragnie wskazać kilka istotnych cech charakteryzujących polski rynek pojazdów szynowych osobowych - autobusów szynowych.

Odwołujący podał, że latach 2002 - 2009 przeprowadzone zostały na terenie Rzeczypospolitej Polskiej 33 przetargi na dostawy ogólnie 119 SZT. oraz przedstawił tabelaryczne zestawienie danych dotyczących znanych odwołującemu przetargów z lat 2004 - 2009 r. wraz z wyszczególnieniem wykonawców i rozstrzygnięć poszczególnych przetargów. Wskazał, że na 26 znanych odwołującemu i przeprowadzonych w latach 2002 - 2009 przetargów, aż 23 rozstrzygnięte zostały na korzyść PESA S.A. lub podmiotów z grupy kapitałowej PESA S.A. Z ogólnej, wynoszącej łącznie 96, liczby SZT zamówionych w drodze przywołanych wyżej przetargów, wykonawcą 90 jak dotąd jest PESA S.A. lub podmioty z grupy kapitałowej PESA S.A. (tj. należący do PESA ZNTK Mińsk Mazowiecki). Podkreślił, że zgodnie z posiadanymi danymi, wszelkie przetargi, których dostawa obejmuje okres, w jakim wykonawcy muszą wykazać się doświadczeniem w niniejszym postępowaniu rozstrzygnięte zostały na korzyść PESA S.A. lub podmiotów z grupy kapitałowej PESA S.A. Przetargi wygrane przez inne podmioty tj. ZNTK Poznań S.A. i Newag S.A. to ogłoszony 12 sierpnia 2004 r. wygrany przez ZNTK Poznań oraz ogłoszony 9 listopada 2009 roku wygrany przez Newag SA. Wskazane wyżej wyniki plasują spółkę PESA S.A. na pozycji lidera wśród podmiotów z przedmiotowej branży, jej udział w sektorze dostaw SZT jest bezsprzecznie największy. Wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu 3 letni okres sytuuje ją jako podmiot, którego udział na krajowym rynku dostawy SZT wynosi 100 %. Nie istnieje bowiem inny podmiot, który w tym okresie czasu dostarczył pojazdy Zamawiającym. Odwołujący wskazał, że w tym segmencie rynku kolejowego brak jest konkurencji zarówno krajowej jak również zagranicznej. Polskie spółki, które na początku tego wieku produkowały autobusy szynowe zostały z tego rynku wyparte na skutek zmian rynkowych (Kolzam Racibórz) albo jak ZNTK Poznań na skutek pogarszającej się sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa zostały przez formułowane w każdym przetargu warunki doświadczenia w sposób trwały wykluczone z tego rynku. Według odwołującego, brak potencjalnych konkurentów zagranicznych wynika z kilku zasadniczych względów. Należą do nich w szczególności:

1. Mała skala powtarzalnych zamówień,

2. Niewielka liczby podmiotów zagranicznych posiadających w swojej ofercie autobusy szynowe,
3. Wysokie koszty polonizacji produktów zagranicznych przy stosunkowo dużej różnorodności
4. Wysokie ceny i wysokie ryzyko kursowe.
5. Braku zaplecza technicznego niezbędnego do świadczenia usług serwisowych i utrzymania na odpowiednim poziomie.

Na dowód powyższego powołał zestawienie producentów dysponujących jednoczłonowymi spalinowymi zespołami trakcyjnymi wyposażonymi, z którego wynika, że jedynym producentem spełniającym wymagania w zakresie posiadania bezterminowego świadectwa dopuszczenia typu pojazdu do eksploatacji jest PESA S.A. w zakresie dotyczącym pojazdu, który mógłby spełniać wymagania zamówienia.

Podniósł, że oprócz PESA S.A. teoretycznie bezterminowe świadectwo posiadają jeszcze pojazdy produkcji KOLZAM Racibórz (obecnie Mavex-Record), jednakże konstrukcja tego pojazdu tak dalece odbiega od wymogów zamawiającego, iż pojazd ten w żaden sposób nie może zostać przystosowany do wymogów niniejszego postępowania.

Według odwołującego wymóg zamawiającego jest bezzasadny, gdyż pojazd może być dopuszczony do normalnej eksploatacji na podstawie tak świadectwa bezterminowego, jak i terminowego. Co więcej, świadectwo terminowe może być wydawane na długie okresy, jak również może być odnawiane na kolejne okresy eksploatacji. Przyznanie świadectwa terminowego zawsze poprzedza przyznanie świadectwa bezterminowego dla danego typu pojazdu. Podał, że wyprodukowany nowy typ pojazdu, zgodnie z przepisami ustawy o transporcie kolejowym, podlega procesowi badania przez jednostkę badawczą wskazaną rozporządzeniem Ministra Infrastruktury. Pozytywne wyniki badań upoważniają do otrzymania terminowego świadectwa do eksploatacji. Termin określa Urząd Transportu Kolejowego (do 3 lat), a po okresie prawidłowej trzyletniej eksploatacji i braku przeciwwskazań do dopuszczenia do ruchu pojazd otrzymuje bezterminowe świadectwo typu.

Co więcej, istniejące typy pojazdów, posiadające bezterminowe świadectwo dopuszczenia, jeżeli miałyby być zmodyfikowane pod kątem konkretnego zamówienia, podlegają pełnej procedurze badawczej, jak nowy typ pojazdu i otrzymują na początek eksploatacji wyłącznie świadectwo terminowe.

W niniejszej sprawie skutkiem powyższych regulacji jest to, że nawet inni producenci niż PESA, którzy chcieliby przystąpić do postępowania, muszą zmodyfikować swoje pojazdy pod kątem specyfikacji technicznej zamawiającego, jako że nie spełniają aktualnie tych wymagań, a w konsekwencji będą musiały przejść proces badań i najpierw zostanie im wyłącznie świadectwo terminowe. Jedynym pojazdem spełniającym aktualnie wymagania techniczne SIWZ i

posiadającym świadectwo bezterminowe jest pojazd SA -106 produkowany przez PESA Bydgoszcz S.A..

Dodatkowo ograniczeniem konkurencji jest fakt, iż zamawiający w pkt. 4 wymaga wyposażenia pojazdu w przekładnię główną hydrodynamiczną. Wymóg ten jest zupełnie niezrozumiały dla odwołującego w aspekcie technicznym. Otóż na rynku pojazdów szynowych oferowane są dwa rozwiązania przekładni głównej - właśnie hydrodynamiczna, jak i hydromechaniczna. Różnice dotyczą budowy i rozwiązań technicznych, nie wpływających jednak w żaden istotny sposób na eksploatację samego pojazdu (poza tym, że pojazd z przekładnią hydromechaniczną, tj. wykluczoną przez zamawiającego, zużywa ok. 10 % mniej paliwa) i całkowicie uprawnionym jest twierdzenie, że są to rozwiązania równoważne, spełniające taką samą funkcję w pojeździe. Tymczasem zgodnie z art. 30 ust. 4 Ustawy, opisując przedmiot zamówienia za pomocą specyfikacji technicznych zamawiający obowiązany był dopuścić rozwiązania równoważne, czego w niniejszej sprawie nie uczynił. Podał, że producentem przekładni hydrodynamicznych dla pojazdów szynowych spalinowych jest aktualnie jedna firma, tj. Voith i w przekładnię tę wyposażony jest pojazd SA-106 produkcji PESA. Inni producenci przekładni, np. ZF, oferują rozwiązanie równoważne, tj. przekładnię hydromechaniczną. Zatem również poprzez wskazanie rodzaju przekładni głównej zamawiający jednoznacznie wskazał jedynego dostawcę zamawianych pojazdów.

Odwołujący podniósł dodatkowo, iż nie jest możliwym, z technicznego punktu widzenia, wyposażenie pojazdu w min. 70 miejsc siedzących, który to wymóg zawarty jest w pkt. 2 załącznika nr 1 do SIWZ. Otóż przy zakładanej konstrukcji jednoczołowej pojazdu, jak również przy wymogu wyposażenia pojazdu w dwie pary drzwi z każdej strony pojazdu oraz toaletę dla niepełnosprawnych, z uwagi na istniejące normy dotyczące wymagań konstrukcyjnych pojazdów szynowych, pojazd jednoczołowy nie posiada wystarczającej ilości miejsca dla umiejscowienia wszystkich tych elementów wyposażenia. Odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodów na tę okoliczność po wniesieniu odwołania, jako że z uwagi na krótki termin do wniesienia odwołania nie było możliwym sporządzenie odpowiedniej analizy technicznej przez właściwego rzeczoznawcę. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu i prokurenta odwołującego upoważnionych do łącznej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 11 czerwca 2010r. faksem i listem poleconym, przy czym odwołanie w formie pisemnej dotarło do zamawiającego w dniu 14 czerwca 2010r. Do odwołania jako dowody załączono ogłoszenie o zamówieniu z dnia 11 listopada 2009r. nr 2009/S 217-313085 oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 4 czerwca 2010r. nr 2010/S 107- 161878.

W dniu 14 czerwca 2010r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 czerwca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiły Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11, zwane dalej przystępującym. Przystępujący wskazał, że jako wykonawca biorący udział w postępowaniu i posiadający kwalifikacje niezbędne do złożenia ważnej oferty w niniejszym postępowaniu, ma interes prawny w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu odwołań na niekorzyść wnoszącego, polegający na złożeniu prawidłowej oferty i podpisaniu umowy na warunkach określonych w SIWZ zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Przystępujący podniósł, iż Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 oraz art.29 ust.2 i 3 a także art.30 ust 1 i 4. PZP. Wskazał, że Zamawiający tak formułuje zapisy SIWZ aby przedmiot zamówienia odpowiadał potrzebom Zamawiającego ale również był ekonomiczny pod względem eksploatacyjnym. Przekładnia hydrodynamiczna cechuje się większą trwałością eksploatacyjną, dłuższym okresem eksploatacyjnym części składowych oraz brakiem elementów ciernych, skutkujące dwukrotnie dłuższym niż przekładnia hydromechaniczna okresem eksploatacyjnym do naprawy głównej. W tym zakresie powołał się na wyrok Izby z dnia 12 maja 2009r., (sygn. akt KIO/UZP 547/07. Przystępujący wskazał, że za zobiektywowany interes Zamawiającego trzeba uznać jego zysk ekonomiczny związany z tańszą eksploatacją przekładni hydrodynamicznej i powołał wyrok Izby z 10.12.2007r. (KIO/UZP/1390/07). Podniósł, że zarzuty odwołującego nr 1, co do wymogu dotyczącego ustalenia minimalnej ilości miejsc siedzących w granicach 70-90 miejsc jest bezzasadny. Wskazał, że zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia aby spełniał jego wymagania i zaspokajał jego potrzeby, a nie dostosowywać opis do możliwości technicznych wykonawców i w tym zakresie powołał wyrok Izby z dnia 17.01.2008r. (sygn. akt KIO/UZP/80/07) oraz wyrok Zespołu Arbitrów z 04.12.2006r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2850/06) Wskazał także, iż wbrew twierdzeniom odwołującego nr 1, nie posiada pozycji monopolisty i jej nie nadużywa. Przedstawione przez Odwołującego nr 1 dane są przedstawione w sposób wybiórczy, niepełny i obiektywny tylko w odczuciu Odwołującego nr 1. Przywołany przez NEWAG S.A pojazd SA-106 został wyprodukowany przez PESA w roku 2001, wówczas stanowił on pojazd prototypowy, wyposażony w przekładnie hydrodynamiczną. Pojazd ten faktycznie posiada bezterminowe świadectwo dopuszczenia typu pojazdu do eksploatacji, ale pojazd ten nie jest już produkowany przez PESA Bydgoszcz S.A w związku z czym bezpodstawne, wręcz kłamliwe jest twierdzenie odwołującego nr 1 o tym, że przystępujący jako jedyny podmiot działający na rynku może wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto w postępowaniach ogłoszonych na terenie Rzeczypospolitej mogą brać udział także podmioty zagraniczne, dysponujące pojazdami wyposażanymi w wymagane przez Zamawiającego przekładnie hydrodynamiczne. Przystąpienie zostało podpisane przez

członka zarządu i prokurenta zgodnie z reprezentacją łączną ujawnioną w KRS, którego odpis został załączony do przystąpienia. Do przystąpienia załączono dowody nadania przystąpienia faksem do zamawiającego i odwołującego.

W dniu 23 czerwca 2010r. zamawiający wniósł pismo, w którym uwzględnił zarzuty odwołania przedstawione w pkt 1 i 2 odwołania i wskazał, że nie uwzględni zarzutu nr 3 odwołania tj. zarzutu dotyczącego przekładni hydrodynamicznej. W zakresie uwzględnionym zobowiązał się do dokonania zmian w siwz o treści następującej :

1. pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Uwagi wstępne nadać brzmienie :

„1. Świadczenie dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego – terminowe lub tymczasowe. W przypadku dostarczenia świadectwa tymczasowego. Wykonawca przed upływem terminu świadectwa tymczasowego dostarczy bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego”

2. w załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Wymagania dotyczące nadwozia, Pomieszczenie dla pasażerów zapis „Odstęp pomiędzy siedzeniami w układzie szeregowym – minimalnie 750 mm mierzone pomiędzy oparciami foteli” zastąpić „Odstęp pomiędzy siedzeniami w układzie szeregowym – minimalnie 660 mm mierzone pomiędzy oparciami foteli”

3.w załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt 3 Charakterystyka techniczna i parametry trakcyjne autobusu szynowego zapis „Każdy zamówiony autobus szynowy powinien posiadać 70–90 miejsc siedzących i liczbę miejsc ogółem 160-180, w tym nie więcej niż 8% miejsc składanych – uchylnych” zastąpić „Każdy zamówiony autobus szynowy powinien posiadać 70–90 miejsc siedzących, w tym nie więcej niż 15 miejsc składanych - uchylnych i liczbę miejsc ogółem 160-180”

4. w § 11 ust. 1 pkt 1 załącznika nr 2 do siwz Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie miał brzmienie

„1) Świadczenie dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego – terminowe lub tymczasowe. W przypadku dostarczenia świadectwa tymczasowego. Wykonawca przed upływem terminu świadectwa tymczasowego dostarczy bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. W przypadku niedostarczenia bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu dostarczonego przez Wykonawcę, Wykonawca zostanie obciążony kosztami uzyskania bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz wszelkimi innymi kosztami wynikającymi z tytułu wyłączenia z eksploatacji pojazdów szynowych z powodu braku wymienionego świadectwa”.

Sprawa sygn. akt KIO 1184/10

W dniu 14 czerwca 2010r. Peter Renz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu, ul. Armii Krajowej 43 – zwany dalej odwołującym nr 2 wniósł odwołanie na treść ogłoszenia oraz siwz zarzucając zamawiającemu :

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp , przez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia warunków niezgodnie z ustawą, w sposób naruszający uczciwą konkurencję
3. naruszenie art. 30 ust 1 oraz 4 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych cech technicznych, przy wykorzystaniu specyfikacji technicznych i niedopuszczeniu rozwiązań równoważnych;
4. naruszenie art. 40 ust 1 oraz 42 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ na stronach internetowych wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu
5. raz wszystkich innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący nr 2 wniósł_o zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. wykreślenie postanowienia zawartego w pkt 4 lub modyfikacja w taki sposób aby dopuszczono również przekładnie hydromechaniczne.
2. doprowadzenia do zgodności z ustawą czynności polegających na obowiązku ogłoszenia i upublicznienia SIWZ

Odwołujący nr 2 wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a czynności Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

uniemożliwiając Odwołującemu zaproponowanie w ofercie rozwiązań, których jest producentem, a tym samym dostawę pojazdów zamawiającemu. Oznacza to, że Odwołujący nr 2 w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę.

W uzasadnieniu odwołujący nr 2 podniósł, że zamawiający poprzez nieobiektywny i nieuzasadniony funkcjonalnością nabywanych pojazdów opis przedmiotu zamówienia w części dotyczącej wymaganej przekładni dopuścił się czynu ograniczenia konkurencji co jest sprzeczne z art. 7 ustawy, a opis przedmiotu zamówienia narusza normy wynikające z art. 29. W Załączniku Nr 1 Do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (wymagania techniczne)” W pkt. 4 Wymagania dotyczące napędu i hamowania zamawiający wskazał iż jedynym dopuszczalnym typem przekładni głównej jest przekładnia hydrodynamiczna.

Wymóg zastosowania przekładni hydrodynamicznej, bez możliwości stosowania rozwiązań równoważnych zgodnie z obowiązkiem ustawowym, prowadzi do naruszenia zasady niedyskryminacji i obiektywizmu wyrażonych w art. 7 ust 1 oraz 29 ust 2 ustawy, gdyż obowiązek zastosowania przekładni hydrodynamicznej pozwalającej osiągnąć wskazane w SIWZ parametry pojazdu prowadzi do konieczności zastosowania przekładni jednego producenta tj VOITH. Odwołujący nr 2 wskazał na wyrok SO w Zielonej Górze z dnia 15 października 2007 r. sygn. akt V Ga 90/07). oraz sprawę *Dundalk C - 45/87*, i orzeczenie C - 59/00 z 3 grudnia 2001 r. w sprawie *Bent Mousten Vestergaard przeciwko Spottrup Boligselskab*. Podniósł, że 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 np. przekładnia ECOMAT. Przekładnia hydromechaniczna, zapewnia wszystkie parametry istotne w eksploatacji pojazdu w takim samym stopniu jak żądania przekładni hydrodynamicznej. typy rozwiązań, preferencja jednego producenta) powodują konieczność zmiany specyfikacji. Odwołujący nr 2 podniósł, że nie sposób też uznać, że wskazanie określonego typu przekładni i pominięcie innych -równoważnych rozwiązań jest zgodne z nakazem dokonywania opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych. W stosunku do przekładni nie wskazano żadnych cech jakościowych - zażądano jedynie aby była konkretnego typu. Nie wskazując parametrów technicznych nie dano szans producentom innych przekładni aby zaproponować rozwiązania równoważne dopuszczalne z mocy prawa na podstawie art. 30 ust 4.

Odwołujący nr 2 żąda w związku z tym aby bądź skreślono wskazywany w odwołaniu punkt załącznika nr 1 do SIWZ bądź opisano rozwiązanie równoważne dopuszczalne ze względu na brzmienie art. 30 ust 4 PZP które zamawiający uzna za wystarczające aby żądane przez niego parametry mogły być osiągnięte przy zastosowaniu przekładni głównej hydromechanicznej, a nie hydrodynamicznej. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu odwołującego nr 2 upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z KRS, którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana

w dniu 14 czerwca 2010r. faksem.

W dniu 14 czerwca 2010r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 czerwca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiły Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11, zwane dalej przystępującym. Przystępujący wskazał, że jako wykonawca biorący udział w postępowaniu i posiadający kwalifikacje niezbędne do złożenia ważnej oferty w niniejszym postępowaniu, ma interes prawny w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu odwołań na niekorzyść wnoszącego, polegający na złożeniu prawidłowej oferty i podpisaniu umowy na warunkach określonych w SIWZ zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Przystępujący podniósł, iż Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 oraz art.29 ust.2 i 3 a także art.30 ust 1 i 4. PZP. Wskazał, że Zamawiający tak formułuje zapisy SIWZ aby przedmiot zamówienia odpowiadał potrzebom Zamawiającego ale również był ekonomiczny pod względem eksploatacyjnym. Przekładnia hydrodynamiczna cechuje się większą trwałością eksploatacyjną, dłuższym okresem eksploatacyjnym części składowych oraz brakiem elementów ciernych, skutkujące dwukrotnie dłuższym niż przekładnia hydromechaniczna okresem eksploatacyjnym do naprawy głównej. W tym zakresie powołał się na wyrok Izby z dnia 12 maja 2009r., (sygn. akt KIO/UZP 547/07. Przystępujący wskazał, że za zobiektyzowany interes Zamawiającego trzeba uznać jego zysk ekonomiczny związany z tańszą eksploatacją przekładni hydrodynamicznej i powołał wyrok Izby z 10.12.2007r. (KIO/UZP/1390/07). Przystąpienie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z reprezentacją łączną ujawnioną w KRS, którego odpis został załączony do przystąpienia. Do przystąpienia załączono dowody nadania przystąpienia faksem do zamawiającego i odwołującego.

W piśmie z dnia 23 czerwca 2010r. zamawiający oświadczył, iż nie uwzględni odwołania odwołującego nr 2.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 4 czerwca 2010r. za numerem 2010/S 107-162486, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 listopada 2009r. nr 2009/S 217-313085 oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 4 czerwca 2010r. nr 2010/S 107- 161878 oraz złożone na rozprawie

przez odwołującego nr 2 na okoliczność uprawdopodobnienia istnienia równoważnych rozwiązań w stosunku do określonej przez zamawiającego przekładni hydrodynamicznej dowody z pisma ZF Friedrichshafen AG z dnia 24 czerwca 2010r. podpisanego przez osoby upoważnione (wedle niekwestionowanego przez strony oświadczenia odwołującego nr 2 złożonego na rozprawie) przez producenta w języku niemieckim wraz z tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego oraz porównania typów przekładni kolejowych automatycznych, zautomatyzowanych i hydrodynamicznych ZF Friedrichshafen AG w języku niemieckim wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski, dowodu odwołującego nr 2 z wydruku ze strony internetowej zamawiającego na okoliczność, że na tej stronie pod ścieżką WWW.wrota.podkarpackie.pl/pl/bip/województwo-podkarpackie/zamowienia/lista nie figuruje ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu, dowodu przedłożonego przez zamawiającego z wyciągu ze studium wykonalności stron 54 i 8 na okoliczność wymaganej przez zamawiającego prędkości taboru spalinowego, dowodu z faksu od PESA SA do zamawiającego z wydrukiem strony internetowej zamawiającego na okoliczność wykazania, że w dniu 31 maja 2010r. na stronie internetowej zamawiającego było zamieszczone ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu, dowód przystępującego z wydruku ze strony internetowej zamawiającego na okoliczność wykazania, że w dniu 31 maja 2010r. na stronie internetowej zamawiającego było zamieszczone ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu, dowód z pisma Voith z dnia 17 czerwca 2010r. na okoliczność porównania przekładni hydrodynamicznych i hydromechanicznych produkowanych przez tego producenta, wydruku przedstawionego przez przystępującego z wydruku z konspektu informacyjnego firmy ALSTOM na okoliczność, że istnieje producent jednoczłonowego pojazdu szynowego oferujący przekładnię hydrodynamiczną lub hydromechaniczną

Izba nie dopuściła dowodu z pisma producenta VOITH z dnia 4 listopada 2009r. powołanego przez odwołującego nr 1 na okoliczność wykazania, w jakim terminie może być dostarczona przekładnia hydrodynamiczna produkowana przez tę firmę oraz dowodu z wydruku z poczty elektronicznej z dnia 25 czerwca 2010r. na tę samą okoliczność, uznając, że dowody te nie służą dowiedzeniu faktów, z których odwołujący nr 1 wywodzi skutki prawne. Odwołujący nr 1 uważa, że zamawiający ograniczył konkurencję nie dopuszczając producentów pojazdów szynowych oferujących pojazdy zabudowane na przekładni innej niż hydrodynamiczna i żąda w tym zakresie modyfikacji siwz oczekując dopuszczenia rozwiązań równoważnych, zatem wykazaniu ograniczenia konkurencji nie służy dowód stwierdzający fakt w jakim terminie może być dostarczona przekładnia hydrodynamiczna, z którą pojazdy szynowe zamawiający dopuścił.

Izba ustaliła, że

1. w § 11 siwz zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednym z kryteriów oceny ofert jest ilość dostarczonych pojazdów do 27 grudnia 2010 r. – waga 10 %. W Załączniku Nr 1 do SIWZ stanowiącym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia

w pkt 1 uwagi wstępne zamawiający wymagał, aby Wykonawca, dostarczył Zamawiającemu wraz z każdym autobusem szynowym (najpóźniej w terminie jego odbioru) świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu szynowego-bezterminowe.

W pkt 2 Charakterystyka techniczna i parametry trakcyjne autobusu szynowego wskazał, że w ramach układu i pojemności autobusów szynowych każdy zamówiony autobus szynowy powinien posiadać 70–90 miejsc siedzących i liczbę miejsc ogółem 160-180, w tym nie więcej niż 8% miejsc składanych – uchylnych. Kabina maszynisty na obu krańcach pojazdu.

Konfiguracja powinna umożliwiać łączenie pojazdów ze sobą i dzielenie zestawu na stacjach, gdzie nie ma lokomotywni, oraz prowadzenie zestawu w trakcji wielokrotnej do trzech pojazdów. Natomiast w ramach Pomieszczenia dla pasażerów Układ pomieszczenia wskazał - Jednoprzestrzenny, bez przedziałowy, tylko w klasie 2, dla niepalących. Opisując miejsca dla osób niepełnosprawnych postanowił, że mają być wydzielone i oznaczone przy 1 parze drzwi wejściowych wyposażone w uchwyty dla zamocowania minimalnie 1 wózka inwalidzkiego lub 2 rowerów.

Zaś jeśli chodzi o wymagania dotyczące napędu i hamowania określone w pkt 4 załącznika nr 1 wskazał, że przekładania główna ma być hydrodynamiczna.

W załączniku nr 2 do siwz Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 1 zawarł postanowienie „Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć pojazdy sprawne technicznie, kompletne, pozbawione widocznych wad i ubytków, wykonane zgodnie z zapisem § 2 ust. 1, dopuszczone do eksploatacji polegającej na kolejowych przewozach osób i ich bagażu potwierdzone przez:

1) Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego – bezterminowe”

Przedmiotem postępowania prowadzonego na podstawie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 listopada 2009r. nr 2009/S 217-313085 było wykonanie i dostawa 6 nowych spalinowych zespołów trakcyjnych, a z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 4 czerwca 2010r. nr 2010/S 107- 161878 wynika, że to postępowanie wygrał odwołujący nr 1.

Z pisma ZF Friedrichshafen AG z dnia 24 czerwca 2010r. wynika, że ZF-ecomat Rail jest najmniejsza i najlżejszą przekładnią automatyczną. Może być montowana w pojazdach szynowych, jest wyposażona w retarder, co obniża koszty eksploatacji, poprawia bezpieczeństwo i chroni środowisko, w połączeniu z przekładnią zespołu kołowego ZF-Ecomat Rail może być stosowana w zespołach trakcyjnych o napędzie spalinowym z wejściowymi momentami obrotowymi do 2000 Nm i o maksymalnie 6 biegach. Ecomat Rail osiągała wydajność do 1200000 pociągokilometra. System ZF Rail jest stosowany w przemyśle kolejowym od początku lat 90 i został zastosowany w ponad 3000 aplikacjach DMU, a 2007 został zastosowany w wielkiej Brytanii i sprawdził się w konfrontacji z najsilniejszym konkurentem Voith i jego przekładnią przepływową. Z porównania typów przekładni kolejowych automatycznych, zautomatyzowanych i hydrodynamicznych ZF Friedrichshafen AG

wynika, że oferowane przez ZF przekładnie hydromechaniczne automatyczna i zautomatyzowana wykazują podobne parametry użytkowe i porównywalne z przekładnią hydrodynamiczną Voith, choć np. co do sprawności, ceny, masy, ilości oleju, ilości punktów serwisowych przekładnie ZF mają lepsze parametry. Izba dopuściła powyższy dowód wyłącznie na okoliczność uprawdopodobnienia istnienia rozwiązań równoważnych rozwiązaniu wskazanemu przez zamawiającego w siwz. Dokument pochodzi od producenta przekładni hydromechanicznych i został sporządzony do jego celów oraz zawiera wiadomości specjalne, których weryfikacja mogłaby nastąpić wyłącznie poprzez dowód z opinii biegłego, o co strony nie wnosiły, a nadto ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali poszczególnych informacji zawartych w porównaniu. Przystępujący podnosił jedynie, że przedłożona analiza nie jest wiarygodna, gdyż pochodzi od producenta, który nie produkuje przekładni hydrodynamicznych. Izba uznała, że nie jest przedmiotem sporu pomiędzy stronami to, która z przekładni posiada lepsze parametry użytkowe, ale to czy zamawiający wskazując jeden z rodzajów przekładni doprowadził do ograniczenia konkurencji i czy takie ograniczenie, jeśli nastąpiło, było uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami. Zamawiający nie wskazał na porównywane w analizowanym przez Izbę dokumencie parametry techniczne, jako na te którymi kierował się opisując przedmiot zamówienia. Natomiast Izba uznała, że z faktu, iż producent przekładni dokonuje porównania parametrów przekładni własnych z parametrami innego rodzaju przekładni innego producenta można wywieść, że przekładnie te nadają się do zastosowania w autobusach szynowych. z wydruku ze strony internetowej zamawiającego powołanym przez odwołującego nr 2 na okoliczność, że na tej stronie pod ścieżką WWW.wrota.podkarpackie.pl/pl/bip/województwo-podkarpackie/zamowienia/lista nie figuruje ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu, nie sposób wywieść, że rzeczywiście ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu nie zostało zamieszczone. Izba stwierdziła, że w bocznym menu strony w kategorii „zamówienia publiczne” figurują następujące podkategorie: „ogłoszenia wstępne”, „ogłoszenia o zamówieniu”, „siwz”, „ogłoszenia o udzieleniu zamówienia”, „archiwum”. Na podstawie przedłożonego dokumentu nie sposób uznać, że w ramach listy (do czego prowadzi wskazana wyżej ścieżka) może być lub nie zamieszczony plik z ogłoszeniem o zamówieniu. W ocenie Izby powyższego dowód nie służy udowodnieniu tezy na jaką został powołany, a nadto teza przeciwna w ocenie Izby została wykazana dowodami zamawiającego i przystępującego, gdzie pod ścieżką WWW.wrota.podkarpackie.pl/pl/bip/województwo-podkarpackie/zamowienia/ogloszenia widnieje informacja o dacie zamieszczenia ogłoszenia o przedmiotowym 31 maja 2010r.

Wyciąg ze studium wykonalności stron 54 i 8 na okoliczność wymaganej przez zamawiającego prędkości taboru spalinowego, wskazuje na prędkość konstrukcyjną minimum 120km./h. Izba uznała ten dowód za zbędny, gdyż było on powołany w celu przeciwstawienia się twierdzeniom odwołującego nr 2, że przy prędkości średniej pojazdu szynowego przekładnia hydromechaniczna wykazuje niższe zużycie paliwa. Strony nie wykazywały stopnia zużycia paliwa w przekładniach obu typów przy prędkości konstrukcyjnej, z tego względu dowód nie służył udowodnieniu okoliczności faktycznych, z których zamawiający wywodzi skutki prawne.

Izba zestawienia pojazdów posiadających przekładnię hydrodynamiczną oraz zestawienia producentów przekładni hydrodynamicznych przedłożone przez przystępującego nie uznała za dowód w sprawie, a jedynie za stanowisko przystępującego, jako dokument prywatny podpisany przez przystępującego.

Z pisma Voith z dnia 17 czerwca 2010r. wynika, że przekładnie hydromechaniczne do zastosowań kolejowych zostały zaadaptowane z rynku autobusów miejskich, natomiast przekładnie hydrodynamiczne zostały zaprojektowane i stworzone z myślą o ich wykorzystaniu w układach napędowych pojazdów szynowych wszelkich typów od autobusów szynowych, poprzez lokomotywy i pociągi dużych prędkości. Izba uznała, że z dowodu tego wynika, że obie przekładnie mogą być stosowane w pojazdach szynowych, przy czym mają różne walory użytkowe. Podobnie jak w przypadku pisma ZF Friedrichshafen AG obaj producenci wskazują na różne wady i zalety obu rozwiązań technicznych.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania i postanowiła skierować odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdza, że odwołujący nr 1 i 2 mają interes w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż w przypadku uznania, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i utrudnił wykonawcom ubieganie się o zamówienia, zamawiający zobligowany byłby do zmiany treści siwz w tym zakresie i odwołujący mogliby złożyć ofertę oferując pojazd szynowy zabudowany na przekładni hydromechanicznej, a tym samym mieliby szansę na uzyskanie zamówienia i uzyskanie zysku w przypadku realizacji umowy o zamówienie publiczne. Należy wskazać, że zarzuty podnoszone przez przystępującego, co do braku interesu przez odwołującego nr 2 w uzyskaniu zamówienia, iż jest on producentem tylko jednego z elementów składowych pojazdu szynowego, są nietrafne. Odwołujący nr 2 nie twierdził, że zamierza samodzielnie ubiegać się o zamówienie, ale mógłby się o nie ubiegać korzystając z doświadczenia innych podmiotów – producentów pojazdów szynowych i to w kilku możliwych konfiguracjach np. jako członek konsorcjum, podwykonawca dostarczający podwozia producentowi pojazdów szynowych, czy jako wykonawca oferujący wykonanie przedmiotu zamówienia we współdziałaniu z podwykonawcą – producentem pojazdów szynowych. Bezsporne pomiędzy stronami jest to, że przy obecnym brzmieniu pkt. 4 załącznika nr 1 do siwz odwołujący nr 2, w żadnej z możliwych konfiguracji nie ma możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, gdyż nie oferuje przekładni hydrodynamicznych. Izba wskazuje, że w obecnym brzmieniu art. 179 ust. 1 ustawy interes w uzyskaniu zamówienia należy pojmować jako interes faktyczny gospodarczy, a więc interes w zaoferowaniu swojego produktu na danym rynku. Niewątpliwie tak rozumiany interes odwołujący nr 2 posiada. Nadto interes ten służyć ma nie tylko wykonawcy, ale także innemu podmiotowi, a więc na etapie przed upływem terminu składania ofert także podwykonawcy

czy konsorcjantowi, który zamierza ubiegać się o zamówienie współdziałając z innymi potencjalnymi wykonawcami działającymi na rynku danego przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie odwołujący może ponieść szkodę w przypadku uznania, że kwestionowane postanowienie siwz w brzemieniu pkt 4 załącznika nr 1, ogranicza konkurencję, gdyż nie mogąc brać udziału w postępowaniu, samodzielnie, jako podwykonawca, czy jako konsorcjant, nie będzie mógł sprzedać produkowanych przez siebie elementów pojazdów szynowych w celu ich zabudowania w pojazd szynowy, a tym samym nie osiągnie zysku w ramach przedmiotowego postępowania. Izba uznała zatem, że przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została przez odwołującego spełniona.

Odwołanie sygn. akt KIO 1183/10

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 (także w zw. z art. 30 ust. 4) Ustawy w zakresie wymogów technicznych przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a to na skutek opisu przedmiotu zamówienia wskazującego w efekcie jedyne go dostawcę (pkt. 1.1, pkt. 2 oraz pkt.4. załącznika nr 1 do SIWZ) w zakresie wymogu posiadania bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu szynowego

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W dniu 23 czerwca 2010r. zamawiający oświadczył, iż uwzględni zarzut i zobowiązał się do dokonania modyfikacji siwz w tym zakresie w następujący sposób :

1. pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Uwagi wstępne nadać brzmienie :

„1. Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego – terminowe lub tymczasowe. W przypadku dostarczenia świadectwa tymczasowego. Wykonawca przed upływem terminu świadectwa tymczasowego dostarczy bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego”

2. w § 11 ust. 1 pkt 1 załącznika nr 2 do siwz Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie miał brzmienie

„1) Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego – terminowe lub tymczasowe. W przypadku dostarczenia świadectwa tymczasowego. Wykonawca przed

upływem terminu świadectwa tymczasowego dostarczy bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. W przypadku niedostarczenia bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu dostarczonego przez Wykonawcę, Wykonawca zostanie obciążony kosztami uzyskania bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz wszelkimi innymi kosztami wynikającymi z tytułu wyłączenia z eksploatacji pojazdów szynowych z powodu braku wymienionego świadectwa”.

Zarówno zakres jak i sposób zaproponowanej przez zamawiającego modyfikacji siwz nie zostały przez odwołującego nr 1 zakwestionowane i oświadczył on na rozprawie, że powyższy sposób modyfikacji siwz wyczerpuje, jego żądania w tym zakresie. Izba nie znalazła podstaw dla uznania, że przedstawiony sposób modyfikacji siwz jest sprzeczny z ustawą i na skutek uznania zarzutu przez zamawiającego, uznała, że w tym zakresie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 (także w zw. z art. 30 ust. 4) Ustawy w zakresie wymogów technicznych przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a to na skutek opisu przedmiotu zamówienia wskazującego w efekcie jedyne go dostawcę (pkt. 1.1, pkt. 2 oraz pkt.4. załącznika nr 1 do SIWZ) w zakresie wymogu wyposażenia pojazdu w minimum 70 miejsc siedzących

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W dniu 23 czerwca 2010r. zamawiający oświadczył, iż uwzględnia zarzut i zobowiązał się do dokonania modyfikacji siwz w tym zakresie w następujący sposób :

1. w załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Wymagania dotyczące nadwozia, Pomieszczenie dla pasażerów zapis „Odstęp pomiędzy siedzeniami w układzie szeregowym – minimalnie 750 mm mierzone pomiędzy oparciami foteli” zastąpić „Odstęp pomiędzy siedzeniami w układzie szeregowym – minimalnie 660 mm mierzone pomiędzy oparciami foteli”

2.w załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt 3 Charakterystyka techniczna i parametry trakcyjne autobusu szynowego zapis „Każdy zamówiony autobus szynowy powinien posiadać 70–90 miejsc siedzących i liczbę miejsc ogółem 160-180, w tym nie więcej niż 8% miejsc składanych – uchylnych” zastąpić „Każdy zamówiony autobus szynowy powinien posiadać 70–90 miejsc siedzących, w tym nie więcej niż 15 miejsc składanych - uchylnych i liczbę miejsc ogółem 160-180”

Zarówno zakres jak i sposób zaproponowanej przez zamawiającego modyfikacji siwz nie zostały przez odwołującego nr 1 zakwestionowane i oświadczył on na rozprawie, że powyższy sposób

modyfikacji siwz wyczerpuje, jego żądania w tym zakresie. Izba nie znalazła podstaw dla uznania, że przedstawiony sposób modyfikacji siwz jest sprzeczny z ustawą i na skutek uznania zarzutu przez zamawiającego, uznała, że w tym zakresie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 (także w zw. z art. 30 ust. 4) Ustawy w zakresie wymogów technicznych przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a to na skutek opisu przedmiotu zamówienia wskazującego w efekcie jedyne dostawcę (pkt. 1.1, pkt. 2 oraz pkt.4. załącznika nr 1 do SIWZ) w zakresie wymogu wyposażenia pojazdu w przekładnię główną hydrodynamiczną.

Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy zakazane jest opisywanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby utrudniać konkurencję. Takie brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy przesądza o rozkładzie ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, którego spór sprowadza się do zarzutu ograniczenia konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia. W takiej sprawie wystarczające dla uznania zarzutu za zasadny jest wykazanie przez odwołującego, że może (choć wcale nie musi) dojść do utrudnienia uczciwej konkurencji. Wystarczy zatem zaistnienie wysokiego prawdopodobieństwa, że w wyniku wadliwie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia dojdzie do utrudnienia uczciwej konkurencji. Z tego wynika, że na odwołującym ciąży obowiązek uprawdopodobnienia tego, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję. Odwołujący nr 1 zdaniem Izby uprawdopodobnił tę okoliczność poprzez wykazanie kręgu konkurencji bliskiej na rynku zamówień na pojazdy szynowe (szynobusy). Wskazanie na 26 postępowań przetargowych, w których udział brało jedynie kilka firm świadczy o tym, że rynek ten jest słabo konkurencyjny. Dodatkowo zatem fakt, iż odwołujący nr 1 nie będący w posiadaniu szynobusu zabudowanym na przekładni hydrodynamicznej nie może wziąć udziału w postępowaniu przemawia za tym, że doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji. Izba stwierdziła, że w celu odparcia zarzutów odwołującego nr 1 na zamawiającym ciążył obowiązek udowodnienia, że żądając dostarczenia przekładni hydrodynamicznej nie utrudnił uczciwej konkurencji albo jeśli do takiego utrudnienia doszło, to ograniczenie konkurencji było uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Zamawiający jednakże w ocenie Izby powyższych okoliczności nie wykazał, ani samodzielnie, ani za pomocą przystępującego. Dowody przedstawione przez zamawiającego nie wykazują na to, że do ograniczenia konkurencji nie doszło - za takie dowody nie można bowiem uznać podania do protokołu nazw producentów pojazdów szynowych. Z samego faktu istnienia wielu producentów pojazdów szynowych nie wynika, że producenci ci oferują pojazdy szynowe wyposażone w przekładnię hydrodynamiczną, że posiadają lub są w stanie zbudować i uzyskać świadectwo tymczasowe dopuszczenia pojazdy szynowe wyposażone w przekładnię hydrodynamiczną spełniające wymogi zamawiającego, że w ogóle wykazali

zainteresowanie postępowaniem wnosząc o przesłanie siwz, składając zapytania do siwz lub że w poprzednich postępowaniach u zamawiającego lub w postępowaniach innych znanych mu zamawiających na dostawę pojazdów szynowych odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu wzięli udział wskazani przez niego producenci. Również przedstawiony przez przystępującego wykaz producentów przekładni hydrodynamicznych nie stanowi dowodu na to, że nie doszło do ograniczenia konkurencji, gdyż z wykazu tego nie wynika, że producenci ci produkują przekładnie hydrodynamiczne, na których mogą być zabudowywane pojazdy szynowe odpowiadające wymogom zamawiającego. Wykaz zaś producentów pojazdów szynowych ze wskazaniem na produkowane przez tych producentów pojazdy szynowe nie wskazuje na jakich przekładniach są zabudowane te pojazdy, ani kto produkował przekładnie zastosowane w pojazdach, ani czy te pojazdy spełniają wymogi zamawiającego i mogą być zaoferowane w postępowaniu. Ponadto zarówno wykaz podany przez zamawiającego jak i przedłożone wykazy przez przystępującego mogą być traktowane jedynie jako oświadczenia strony, jej stanowisko, a nie jako dowód w sprawie. Ani zamawiający ani przystępujący nie przedłożyli choćby folderów, informacji handlowych producentów, danych technicznych producentów, za pomocą których dowiedliby swoich twierdzeń. Izba zatem nie mogła uznać za udowodnione, że wskazanie przekładni hydrodynamicznej nie doprowadziło do ograniczenia konkurencji, zwłaszcza, że sam przystępujący na rozprawie stwierdził, że strony są zgodne co do dwóch okoliczności, że pojazdy szynowe są zabudowywane w oparciu o przekładnie hydrodynamiczne i przekładnie hydromechaniczne oraz, że jednym z producentów przekładni hydrodynamicznych jest Voith. Zamawiający także nie wykazał, że za wyborem przekładni hydrodynamicznej przemawiały jego zobiektywizowane potrzeby. Nie przedstawił Izbie dowodu na okoliczność tego, że przy wyborze przekładni kierował się ekonomicznością rozwiązania (o tym aspekcie wypowiadając się obaj odwołujący i przystępujący, zaś stanowiska zamawiającego w tym zakresie brak), ani np. mniejszą awaryjnością, niższą ceną, lepszą funkcjonalnością, lepszymi parametrami technicznymi, lepszą dostępnością serwisu, pozytywnymi rozwiązaniami jeżeli chodzi o oddziaływanie na środowisko. Zamawiający przedstawił jedynie dowody na okoliczność wielkości wymaganej prędkości konstrukcyjnej oraz faktu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego. Żaden z tych dowodów nie może być uznany za dowodzący faktu istnienia zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego. Z kolei przystępujący wobec braku choćby twierdzeń zamawiającego, co do tego, jakie potrzeby przy wyborze przekładni nim kierowały, nie miał możliwości przedstawienia na tę okoliczność dowodu, gdyż taki dowód byłby jedynie dowodem domniemanych, a nie rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Z tych względów Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, że pisał przedmiot zamówienia nie utrudniając uczciwej konkurencji. Zamawiający zatem wskazując na konkretny rodzaj przekładni bez odniesienia do norm, aprobat, specyfikacji technicznych, ani nawet cen technicznych i jakościowych naruszył art. 30 ust. 4 ustawy nie dopuszczając

rozwiązań równoważnych, a w konsekwencji naruszając art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze to, iż Izba uznała za zasadne wszystkie zarzuty odwołującego nr 1 odwołanie zasługiwało na uwzględnienie i dlatego na podstawie art. 192 ust. 1 i 3 kt. 1 ustawy Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 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).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 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), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.599,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT.

Odwołanie sygn. akt KIO 1184/10

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3, art. 30 ust 1 oraz 4 ustawy przez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; dokonanie opisu przedmiotu zamówienia warunków niezgodnie z ustawą, w sposób naruszający uczciwą konkurencję, nie opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych cech technicznych, przy wykorzystaniu specyfikacji technicznych i niedopuszczeniu rozwiązań równoważnych.

Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy zakazane jest opisywanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby utrudniać konkurencję. Takie brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy przesądza o rozkładzie ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, którego spór sprowadza się do zarzutu ograniczenia konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia. W takiej sprawie wystarczające dla uznania zarzutu za zasadny jest wykazanie przez odwołującego, że może (choć wcale nie musi) dojść do utrudnienia uczciwej konkurencji. Wystarczy zatem zaistnienie wysokiego prawdopodobieństwa, że w wyniku wadliwie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia dojdzie do utrudnienia uczciwej konkurencji. Z tego wynika, że na odwołującym ciąży obowiązek uprawdopodobnienia tego, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą

konkurencję. Odwołujący nr 2 zdaniem Izby uprawdopodobnił tę okoliczność poprzez pismo ZF Friedrichshafen AG z dnia 24 czerwca 2010r., z którego wynika, że ZF Friedrichshafen AG jest producentem przekładni automatycznych hydromechanicznych, które mogą być montowane w pojazdach szynowych i są one stosowane w przemyśle kolejowym od początku lat 90 i został zastosowany w ponad 3000 aplikacji DMU, a 2007 zostały zastosowane w Wielkiej Brytanii i sprawdziły się w konfrontacji z najsilniejszym konkurentem Voith i jego przekładnią przepływową. Z tego pisma oraz z porównania typów przekładni kolejowych automatycznych, zautomatyzowanych i hydrodynamicznych ZF Friedrichshafen AG wynika, że ten producent nie będzie mógł zaoferować swoich przekładni hydromechanicznych potencjalnym wykonawcom przedmiotowego zamówienia, a więc uprawdopodobniono, że zamawiający ograniczył konkurencję eliminując z postępowania, co najmniej tych wykonawców – producentów pojazdów szynowych, którzy mogliby zaoferować pojazdy szynowe zabudowane na przekładni hydromechanicznej produkowanej przez ZF Friedrichshafen AG. Izba stwierdziła, że w celu odparcia zarzutów odwołującego nr 2 na zamawiającym ciążył obowiązek udowodnienia, że żądając dostarczenia przekładni hydrodynamicznej nie utrudnił uczciwej konkurencji albo jeśli do takiego utrudnienia doszło, to ograniczenie konkurencji było uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Zamawiający jednakże w ocenie Izby powyższych okoliczności nie wykazał, ani samodzielnie, ani za pomocą przystępującego tak jak to zważono w odniesieniu do zarzutu podnoszonego przez odwołującego nr 1. Izba podtrzymuje w całości stanowisko wyrażone wyżej w odniesieniu do zarzutu odwołującego nr 1. Zamawiający zatem wskazując na konkretny rodzaj przekładni bez odniesienia do norm, aprobat, specyfikacji technicznych, ani nawet cen technicznych i jakościowych naruszył art. 30 ust. 4 ustawy nie dopuszczając rozwiązań równoważnych, a w konsekwencji naruszając art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 40 ust 1 oraz 42 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ na stronach internetowych wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że na stronie internetowej zamawiającego nie zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu. Z przedstawionego przez odwołującego nr 2 dowodu nie wynika, czy odwołujący szukał ogłoszenia w dziale ogłoszenia o zamówieniu. Dowód przedstawiony przez odwołującego nr 2 dowodzi jedynie tego, że układ strony zamawiającego może rodzić trudności w odnalezieniu informacji niezbędnych dla użytkownika. Odwołujący nr 2 nie wykazał, że pod żadną z zakładki (podkategorii) kategorii „zamówienia publiczne” w menu bocznym nie można było odnaleźć ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu. Zamawiający natomiast, przy wsparciu przystępującego, wykazał, że ogłoszenie o zamówieniu ukazało się na stronie

zamawiającego w dniu 31 maja 2010r. Izba nie była uprawniona do rozpoznania zarzutu odwołującego nr 2 tj. zarzucenia zamawiającemu naruszenia art. 40 ust. 6 pkt 1 ustawy poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu przed ukazaniem się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdyż ten zarzut nie był podniesiony w odwołaniu. Izba zaś w myśl art. 192 ust. 7 ustawy nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba uznając, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 1 i 4 ustawy zasługuje na uwzględnienie, uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 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).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 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), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT ograniczając żądaną wysokość zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika do maksymalnej kwoty określonej rozporządzeniem.

Przewodniczący składu orzekającego:

.....