

Sygn. akt: KIO 255/12

WYROK
z dnia 15 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2012 r. przez wykonawcę **NEWAG Spółka Akcyjna, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego, 65-057 Zielona Góra, ul. Podgórna 7,**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę NEWAG Spółka Akcyjna, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NEWAG Spółka Akcyjna, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm. [dalej: ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa fabrycznie nowego pojazdu szynowego z napędem spalinowym do kolejowych przewozów pasażerskich tzw. autobusu szynowego”. Wykonawca - NEWAG S.A. w Nowym Sączu, zarzucił Zamawiającemu - Województwo Lubuskie - Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego, naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w powiązaniu z terminem wykonania zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jako, że poprzez wprowadzenie w Załączniku nr 1 do SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt 4 - Układ napędowy wymogu, aby układ spalin spełniał normę EURO IIIB, ECE w powiązaniu z oczekiwanym przez Zamawiającego terminem wykonania zamówienia (pkt. 11.3 Ogłoszenia i pkt. X SIWZ) ogranicza konkurencję do jednego wykonawcy.

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o:

- 1) zmianę zapisów w załączniku nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wymagania techniczne pkt. 4. Układ napędowy z treści: „4.3 Zamawiający wymaga, aby układ spalin spełniał normy EURO IIIB, ECE.” na treść: „4.3 Zamawiający wymaga, aby układ spalin spełniał normy EURO IIIB, ECE w przypadku zamontowania w pojeździe silników wprowadzonych do obrotu po 31 grudnia 2011 roku i wyprodukowanych po tej dacie, lub aby układ spalin spełniał normy EURO IIIA, ECE w przypadku zamontowania w pojeździe silników wprowadzonych do obrotu w ciągu dwóch lat od 31 grudnia 2011 roku, wyprodukowanych najpóźniej 31 grudnia 2011 roku.” albo alternatywnie o:
- 2) zmianę zapisów pkt. 11.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. X SIWZ z treści: „Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, nie później niż 30.11.2012 r.” na treść: „Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 10 miesięcy od dnia podpisania umowy, nie później niż 31 grudzień 2012.”

W uzasadnieniu odwołania podał, że w załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wymagania techniczne pkt 4 - Układ napędowy” Zamawiający wskazał, iż układ spalin ma spełniać normę EURO IIIB, ECE. Jednocześnie w pkt. 11.3 X SIWZ Zapis ten, zdaniem odwołującego, narusza konkurencję, jako że w chwili obecnej na rynku istnieje jeden wykonawca będący w stanie zrealizować zamówienie, tj. Pojazdy

Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy (dalej PESA). Wykonawca podał także, że na dzień ogłoszenia o zamówieniu tj. 27.01.2012 roku wszystkie silniki przeznaczone do wagonów silnikowych, wprowadzone do obrotu po 31 grudnia 2011 roku muszą spełniać normy emisji spalin EURO IIIB. Normy prawne - kwestie te regulowane są rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2005 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla silników spalinowych w zakresie ograniczenia emisji zanieczyszczeń gazowych i cząstek stałych przez te silniki (Dz.U. nr 202.poz. 1681) - wprowadzają od tej zasady odstępstwo polegające na prawie do zabudowy silników (Power Pack) zamówionych przed 31 grudnia 2011 r. u ich producentów pod warunkiem ich zabudowy przez producentów pojazdów w okresie 2 lat począwszy od 1 stycznia 2012 roku. W § 15 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia, norma EURO III B dla emisji spalin obowiązuje dla silników wprowadzanych do obrotu po dacie 31 grudnia 2011 r. Jednakże w § 15 ust. 2 ustawodawca wprowadził wyjątek od tego wymogu dopuszczając wprowadzenie do obrotu przez okres 2 lat od daty 31 grudnia 2011 r. silników, które nie spełniają normy EURO IIIB, ale spełniają normę IIIA i zostały wyprodukowane najpóźniej 31 grudnia 2011 r. Zatem zdaniem wykonawcy nie istnieje konieczność (obligatoryjna) implikowana przepisami obowiązującego prawa prowadząca do zamówienia przez Zamawiającego autobusu szynowego będącego przedmiotem zamówienia wyposażonego w silnik spełniający normę EURO IIIB. Dopuszczenie do wprowadzenia na rynek w okresie kolejnych 2 lat od 1 stycznia 2012 r. Power Pack-ów wyposażonych w silniki spełniające normy emisji spalin EURO IIIA umożliwia Zamawiającemu zamówienie pojazdów wyposażonych w silniki tego typu w wyżej wymienionym okresie bez żadnych ograniczeń. W związku z powyższym wprowadzony wymóg zabudowy silników spełniających normę EURO IIIB w sposób jawny preferuje jedynie tych wykonawców, którzy mogą tego typu Powerpackami dysponować, dyskryminując jednocześnie podmioty, które w czasie dostawy wymaganymi przez Zamawiającego takimi Power Packami dysponować nie będą. Wykonawca stwierdził także, że według najlepszej wiedzy wnioskującego czas oczekiwania od chwili złożenia zamówienia na dostawę Power packa z silnikiem EURO IIIB wynosi, w szczególności w tym roku nawet 12 miesięcy. Wnioskujący podkreśla, że według jego wiedzy producenci Power packów obciążeni zostali produkcją układów napędowych spełniających normy EURO IIIA, będących konsekwencją złożonych zamówień w 2011 roku na powyższe układy przez producentów taboru w ilościach sięgających kilkuset sztuk. Biorąc powyższe pod uwagę termin dostawy pierwszych Powerpacków spełniających normy EURO IIIB jest pochodną ograniczonych mocy produkcyjnych producentów, którzy zobligowani są do realizacji zamówień jednostek napędowych spełniających normy emisji spalin EURO IIIA. Wobec powyżej opisanej sytuacji rynkowej, nawet zamówienie Power Packa w chwili ukazania się ogłoszenia o zamówieniu w niniejszym postępowaniu uniemożliwia realizację zamówienia w terminie wskazanym w pkt. 11.3 ogłoszenia oraz pkt. X S1WZ. Zdaniem

Odwołującego jedynym podmiotem zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia, tak co do normy spalin jak i terminu realizacji dostawy, wskazanych dokumentacją przetargową, jest firma PESA. W ramach przeprowadzonego przez Czeskie Drahy (CD) w 2010 roku postępowania przetargowego na dostawę ok. 30 spalinowych zespołów trakcyjnych wymieniony wyżej wykonawca po zawarciu umowy z zamawiającym dysponuje układami napędowymi z zabudowanym silnikiem spełniającym poziom emisji spalin EURO IIIB dostarczonymi mu w trybie ciągłym przez firmę MTU. Powyższy wykonawca jest w związku z powyższym w stanie „pożyczyć” sobie dwa układy napędowe z tej umowy i dostarczyć je Zamawiającemu w tym postępowaniu. Przy zamówieniu jednej sztuki przystąpienie do postępowania podmiotów zagranicznych nie wchodzi w rachubę. Konieczne do poniesienia koszty jednorazowe praktycznie podniosą cenę do poziomu istotnie powyżej budżetu, który Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zakupu pojazdu, a koszty trzyletniego utrzymania pojazdu czynią postępowanie całkowicie nieatrakcyjne dla tych wykonawców. Wykonawca stwierdził także, że dopuszczenie do postępowania wykonawców dysponujących układami napędowymi z silnikami EURO IIIA prowadzi do istotnych korzyści finansowych (oszczędności) w trzech obszarach: poprawia konkurencyjność postępowania zwiększając szanse Zamawiającego na nabycie przedmiotu zamówienia w cenie istotnie niższej dzięki zwiększeniu liczby podmiotów dopuszczonych do postępowania, zapewnia niższą cenę zakupu oraz niższe koszty eksploatacji. Wykonawca zwrócił także uwagę, że łączne dodatkowe koszty implikowane przez zabudowę silnika spełniającego normę EURO IIIB w skali roku wyniosą ok. 94 120,00 zł, a w całym cyklu życia pojazdu (30 lat) szacunkowe dodatkowe koszty wyniosą 2 823 600,00 zł. Stwierdził także, że przy rosnących cenach oleju napędowego oraz przy dodatkowo zastosowanym moczniku AdBlue, koszty eksploatacji pojazdu będą znacznie wyższe niż w przypadku pojazdu wyposażonego w silnik z normą emisji spalin EURO IIIA.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie wskazując na obowiązujące przepisy oraz na przyjęte kierunki w „Strategii Rozwoju Województwa Lubuskiego”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. wnosząc także o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła Izba postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę fabrycznie nowego pojazdu szynowego z napędem spalinowym do kolejowych przewozów pasażerskich tzw. autobusu szynowego” zostało wszczęte w dniu 27 stycznia 2012 r. i wykonanie tego zamówienia – jak wskazał Zamawiający – jest determinowane koniecznością wydatkowania dotacji celowej w danym roku budżetowym. Tym samym, zdaniem Izby, termin wykonania zamówienia ustalony na dzień 30 listopada 2012 r. - uwzględniając czas niezbędny na przeprowadzenie procedury wyboru wykonawcy oraz czas niezbędny na przeprowadzenie czynności odbioru przedmiotu dostawy i przeszkolenia pracowników – określono w obiektywny sposób, zapewniając także Zamawiającemu odpowiedni czas na wykorzystanie środków publicznych w danym roku budżetowym. Wniosek wykonawcy, co do modyfikacji terminu realizacji zamówienia poprzez jego wydłużenie do dnia 15 grudnia 2012 r. nie został udowodniony, co do możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę w tym terminie. Z informacji firmy VOITH zawartej w piśmie z dnia 13.02.2012 r. przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie wynika bowiem, że sama dostawa mogłaby być zrealizowana - co najwyżej - przed końcem IV kw. 2012 r. Jednocześnie Izba stwierdziła, że w załączonej do tego pisma oferty tej firmy – w odpowiedzi na zapytanie z dnia 13.12.2011 r. i z terminem ważności oferty do 30.06.2012 r. – producent nie wyklucza normalnego czasu dostawy od 6-u do 8-u miesięcy od złożenia zamówienia, co wskazuje na możliwość realizacji zamówienia w terminie do 30.11.2012 r. Podobnie z oświadczenia wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wynika, że inny producent [MTU] również jest gotowy zrealizować dostawę objętą zamówieniem w terminie wymaganym w niniejszym postępowaniu. Izba stwierdza także, że również twierdzenia wykonawcy o braku zainteresowania wykonawców zagranicznych tym postępowaniem nie zostały poparte przez wnoszącego odwołanie żadnymi konkretnymi dowodami, co jest wymagane przepisem art. 190 ust.1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu strona zobowiązana jest wskazywać przede wszystkim dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzi skutki prawne. Wybiórcze wskazanie uczestników postępowań w okresie 2009/2011 - chociażby z pominięciem postępowania, w którym pomimo wyboru wykonawca nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego – nie może, zdaniem Izby, stanowić takiego dowodu. Tym samym wykonawca nie udowodnił, że określenie terminu realizacji zamówienia stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Także drugi z zarzutów dotyczący parametrów technicznych przedmiotu zamówienia nie podlega uwzględnieniu. Tak jak podniósł Zamawiający, wymóg, aby układ spalin spełniał obowiązujące obecnie normy, nie może być uznany – w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy - za warunek stanowiący naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Także określenie wymagań, w tym przypadku dotyczących parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, trudnych do spełnienia przez danego wykonawcę, nie oznacza, iż w danym stanie faktycznym dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Domaganie się zatem przez wykonawcę zmiany warunku w taki sposób, aby dopuścić zastosowanie w przedmiocie zamówienia również silniki spełniające niższą normę [EURO IIIA], którymi prawdopodobnie aktualnie dysponuje wykonawca - nie zasługuje na uwzględnienie. Tak jak ustaliła Izba, zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym na dzień ogłoszenia postępowania [27.01.2012 r.], wszystkie silniki przeznaczone do wagonów silnikowych, wprowadzone do obrotu po 31 grudnia 2011 r. muszą spełniać normy emisji spalin EURO IIIB. Taki wymóg został także wprowadzony w tym postępowaniu i nie można kwestionować prawa zamawiającego do preferowania określonych rozwiązań technicznych, w szczególności, gdy związane są one z poprawą ochrony środowiska. Izba zwraca także uwagę, że działania związane z ochroną środowiska wynikają – jak wykazał Zamawiający - w większości z dokumentów i planów strategicznych Zamawiającego. W dokumencie „Strategia Rozwoju Województwa Lubuskiego”, jako warunek osiągnięcia swoich celów strategicznych, Zamawiający określił skuteczną realizację zadań bieżących i do najważniejszych działań w tym zakresie zaliczył, między innymi, wdrażanie europejskich norm ochrony środowiska. Z kolei w dokumencie „Strategia rozwoju transportu do roku 2015” określono, że preferowane powinny być gałęzie transportu oraz technologie mające najmniej szkodliwy wpływ na środowisko, a w Prognozie oddziaływania na środowisko projektu „Programu Ochrony Środowiska dla Województwa Lubuskiego na lata 2012-2015 z perspektywą do roku 2019” podano, że najpoważniejsze konsekwencje dziś i w przyszłości dla ochrony środowiska, ale i dla funkcjonowania podmiotów gospodarczych, samorządów, administracji mają dyrektywy odnoszące się między innymi do standardów emisji SO₂, NO_x, pyłów zawieszonych i dopuszczalnych emisji tych substancji przez instalacje przemysłowe, energetyczne (w tym spalarnie odpadów) oraz transport w tym zanieczyszczeń emitowanych przez silniki (samochodów, pociągów, samolotów). Jako cel strategiczny określono również kontynuację działań związanych z poprawą jakości powietrza w tym między innymi zakup pojazdów transportu publicznego o niskiej emisji spalin. Mając, zatem na uwadze realizację powyższych celów strategicznych, Zamawiający miał podstawy sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone minimalne standardy techniczne, z uwzględnieniem konkretnych wymagań, co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, w tym norm spalania.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....