

WYROK
z dnia 16 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2012 r. i 16 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę: **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa,**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści wymagania technicznego zawartego:
 - a) w pkt 1 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „sterowanie wielokrotne”, zgodnie z treścią uzasadnienia niniejszego wyroku,
 - b) w pkt 10 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „minimalny przebieg pojazdu do naprawy wg poziomu 4 utrzymania – 1 200 000 km” na „minimalny przebieg pojazdu do naprawy wg poziomu 4 utrzymania – min. 800 000 km”.
2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza kwotę **18 599 zł 99 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) od zamawiającego: **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Mazowieckie reprezentowane przez Koleje Mazowieckie KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Dostawa 2 szt. jednoczłonowych spalinowych autobusów szynowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2012 r. pod nr 2012/S 76-125190. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „siwz”) została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2012 r.

Wykonawca Newag S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- a) art. 7 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 4 i art. 41 ust. 6 Pzp, poprzez wskazanie w ogłoszeniu oraz siwz dwóch różnych terminów wykonania zamówienia,
- b) art. 7 oraz art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 5 Pzp, poprzez ustalenie wymaganego terminu dostaw pojazdów wskazujące wyłącznie na jednego wykonawcę,
- c) art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 5 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą wskazania konkretnego rozwiązania technicznego, stosowanego obecnie na rynku przez jednego producenta, przy jednoczesnym braku opisu kryteriów oceny równoważności oferowanych przez wykonawców rozwiązań innych niż wskazane w siwz,
- d) art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez wprowadzenie wymogu jazdy w trakcji wielokrotnej trzech pojazdów z pojazdem typu 214Mb-KM przy jednoczesnym braku zapewnienia wykonawcy danych technicznych umożliwiających dostawę pojazdu zgodnie z tym wymogiem, co skutkuje tym, iż dostawa pojazdu spełniającego wskazany wymóg może zostać zrealizowana wyłącznie przez producenta pojazdów 214Mb.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) zmiany pkt. II.3 ogłoszenia oraz pkt. V siwz i § 3 załącznika nr 8 do siwz, poprzez wskazanie jednego terminu dostawy pojazdów, a ponadto terminu nie krótszego niż 10 miesięcy od udzielenia zamówienia,
- b) zmiany pkt. 6 oraz pkt. 10 załącznika nr 2 do siwz, poprzez usunięcie wymogu zastosowania przekładni głównej hydrodynamicznej o przebiegu między naprawami min. 4 poziomu utrzymania, alternatywnie zmianę wymogu przebiegu min. 1.200.000 km pomiędzy naprawami poziomu 4 utrzymania na przebieg min. 800.000 km, jak również wskazania cech przekładni głównej, które będą brane przez zamawiającego

pod uwagę przy ocenie równoważności zaoferowanej przez wykonawcę przekładni głównej,

- c) zmiany pkt 1 załącznika nr 2 do siwz, poprzez usunięcie wymogu sterowania wielokrotnego umożliwiającego pełną współpracę z pojazdem typu 214Mb-KM, alternatywnie nieodpłatnego udostępnienia wykonawcy przez zamawiającego danych technicznych pojazdu 214Mb-KM niezbędnych celem wyprodukowania i dostawy pojazdów posiadających możliwość pełnej współpracy z pojazdami typu 214Mb-KM.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, iż jest podmiotem działającym na rynku pojazdów szynowych, mogącym ubiegać się o wykonanie przedmiotowego zamówienia. NEWAG dostarcza nowe pojazdy szynowe, w tym spalinowe autobusy szynowe. Gdyby nie doszło do niekonkurencyjnego działania zamawiającego odwołujący mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że w tym segmencie rynku kolejowego występują trzej wykonawcy krajowi. W ciągu ostatnich lat wszystkie dostawy spalinowych autobusów szynowych realizował bądź odwołujący, bądź też Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding w Bydgoszczy albo podmiot zależny od PESA S.A. - ZNTK Mińsk Mazowiecki. Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego w Mińsku Mazowieckim w postępowaniach z reguły biorą udział jako konsorcjant PESA. Rynek ten charakteryzuje niewielka ilość zamówień, które są ilościowo niewielkie, a przy tym są to zamówienia niepowtarzalne. Stąd też na krajowym rynku dostaw SZT nie działają żadne zagraniczne firmy. Zważywszy dodatkowo na relatywnie bardzo krótkie terminy dostaw w żadnym z postępowań firmy te nie składały ofert. Każdy z działających na rynku polskim dostawców oferuje pojazdy nieco odmienne pod względem wyposażenia, w szczególności w zakresie zespołów napędowych, tj. silnika oraz układu napędowego (tzw. „power pack”), w tym skrzyni biegów. Firma PESA bazuje w tym zakresie na silnikach MTU oraz skrzyniach biegów firmy Voith. Odwołujący stosuje w swych pojazdach również silniki MTU, jednakże skrzynie biegów pochodzą od firmy ZF. Pomimo wielokrotnych prób nawiązania stosunków handlowych z firmą Voith, firma ta konsekwentnie odmawia lub utrudnia nabywanie od niej skrzyń biegów przez odwołującego - w sposób de facto uniemożliwiający ich nabycie, co spowodowane jest prawdopodobnie faktem ścisłej współpracy tej firmy z konkurentem odwołującego - firmą PESA. Spośród eksploatowanych w Polsce jednoczłonowych autobusów szynowych wszystkie zostały wyprodukowane i dostarczone przez PESA SA lub podmiot zależny od PESA SA. W szczególności pojazd oznaczony typem SA135 wyposażony jest w PowerPack zbudowany w oparciu o silnik MAN D2876 oraz przekładnię hydrodynamiczną firmy Voith T212bre gwarantującą przebieg do naprawy rewizyjnej w liczbie 1.200.000 km.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego terminu dostawy odwołujący podniósł, iż w punkcie II.3 ogłoszenia o zamówieniu wskazano termin realizacji zamówienia - 5 miesięcy od udzielenia zamówienia. Jednocześnie w pkt. V siwz - „Termin wykonania

zamówienia" zamawiający podał, iż termin odbioru technicznego pojazdów to 30 listopad 2012 r. (analogicznie w § 3 załącznika nr 8 do siwz „Istotne postanowienia umowy”). Jednocześnie w § 1 załącznika nr 8 do siwz zamawiający podał, iż przez „dostawę” rozumie się datę podpisania Protokołu Odbioru Technicznego. Zdaniem odwołującego zestawienie tych postanowień wskazuje na rażącą rozbieżność treści ogłoszenia oraz siwz w zakresie terminu wykonania zamówienia.

Ponadto, wskazanie terminu wykonania zamówienia, czy to poprzez ustalenie go na 5 miesięcy od udzielenia zamówienia, czy też wskazanie konkretnej daty, tj. 30.11.2012r., narusza uczciwą konkurencję, gdyż w terminie tym zamówienie może zostać zrealizowane wyłącznie przez jednego wykonawcę, tj. firmę PESA. Tylko ten dostawca dysponuje jako jedyny podmiot rozwiązaniem technicznym umożliwiającym wyprodukowanie pojazdu, uzyskanie świadectwa zgodności z typem 214Mx oraz dostawę. Żaden inny podmiot nie jest w stanie w tak krótkim czasie zaprojektować, wyprodukować, przeprowadzić badania typu pojazdu kolejowego oraz dostarczyć pojazdy. Odwołujący zwrócił uwagę, że z dniem 28 stycznia 2012 r. uległy zmianie regulacje prawne związane z badaniami typu pojazdów kolejowych na skutek wprowadzenia w życie uregulowań europejskiego standardu TSI Loc&Pass i związanych z nimi procedur badania typu pojazdów kolejowych. Według najlepszej wiedzy odwołującego, czas niezbędny na przeprowadzenie badań typu pojazdu po 28 stycznia 2012 r. może sięgnąć nawet 4,5 miesiąca. Zatem każdy inny od PESA podmiot, który nie dysponuje pojazdem pierwotnego określonego typu (214Mx) nie jest praktycznie w stanie przeprowadzić badania typu pojazdu zakończonego otrzymaniem zezwolenia na eksploatację.

W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia odwołujący podniósł, że w załączniku nr 2 do siwz „Wymagania techniczne dla jednoczłonowego spalinowego autobusu szynowego” zamawiający wskazał, iż w pojeździe ma zostać zamontowany silnik wysokoprężny, doładowany, zintegrowany z przekładnią główną hydrodynamiczną lub równoważną o przebiegu do naprawy minimum 4 poziomemu utrzymaniu (pkt. 6, str. 10). Z kolei w punkcie 10 zamawiający wskazał, iż 4 poziom utrzymania może się odbyć po przebiegu co najmniej 1.200.000 km lub co 8 lat. Zestawienie tych dwóch wymogów oznacza, iż w pojeździe winna zostać zabudowana przekładnia hydrodynamiczna lub równoważna gwarantująca przebieg 1.200.000 km do 4 poziomego utrzymania. Odwołujący podał, iż obecnie na rynku dostępna jest wyłącznie jedna przekładnia spełniająca wymagania zamawiającego - produkowana przez firmę Voith o symbolu T212bre/T312bre, stosowana w SZT produkowanych przez PESA. Określenie wymogu zastosowania przekładni hydrodynamicznej jest równoznaczne ze wskazaniem konkretnego rozwiązania technicznego, stosowanego wyłącznie przez jednego dostawcę, tj. firmę Voith. Dostępne są także na rynku skrzynie biegów zbudowane w oparciu o inne rozwiązania techniczne,

tj. hydromechaniczne. Różnice pomiędzy tymi rozwiązaniami sprowadzają się do innego sposobu realizacji przełożenia gdzie w przypadku przekładni hydromechanicznych przełożenia na pozycjach wyższych od pierwszego realizowane jest w sposób mechaniczny, natomiast w przypadku przekładni hydrodynamicznej przełożenia we wszystkich pozycjach realizowane jest w sposób hydrauliczny, który gwarantuje istotnie wyższą żywotność samej przekładni ze względu na niższe zużycie eksploatacyjne tej przekładni.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, zamawiający nie może dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przekładni wskazuje natomiast konkretne rozwiązanie techniczne, stosowane obecnie na rynku wyłącznie przez jednego producenta.

Odwołujący podniósł dodatkowo, iż zamawiający nie podał w dokumentacji przetargowej jakie cechy winna spełniać przekładnia inna niż hydrodynamiczna, aby mogła zostać uznana za „równoważną”. Tymczasem obowiązek taki spoczywa na zamawiającym (vide np. wyrok KIO z 25.11.2011 r., KIO 2439/11). Jednakże gdyby za ocenę równoważności przyjąć wymagane 1.200.000 km przebiegu pomiędzy naprawami poziomu 4, to „równoważność” taka wprost narusza art. 7 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, a to na skutek istnienia na rynku jednej przekładni spełniającej ten warunek.

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający wymaga aby dostarczone pojazdy mogły być eksploatowane w trakcji wielokrotnej do trzech pojazdów z pełną współpracą z pojazdami typu 214Mb - KM. Zdaniem odwołującego żądanie to prowadzi do konieczności posiadania pełnej dokumentacji technicznej warstwy elektrycznej sprzęgu umożliwiającej sterowanie pojazdami z jednej kabiny maszynisty. Żaden inny wykonawca poza PESA nie dysponuje taką dokumentacją, stąd dostawa pojazdów umożliwiających pełną współpracę z pojazdami 214Mb przez innego wykonawcę nie jest możliwa. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie zobowiązał się do nieodpłatnego udostępnienia wszystkich niezbędnych danych (dokumentacji technicznej) umożliwiających innym niż producent pojazdów 214Mb wykonawcom dostawę taboru zdolnego do pełnej współpracy z pojazdami 214Mb, co stanowi ewidentne naruszenie uczciwej konkurencji.

W dniu 4 maja 2012 r. wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zdaniem przystępującego nie jest prawdziwe twierdzenie, że w siwz podano dwa terminy wykonania zamówienia. Zgodnie z pkt V siwz oraz § 3 ust. 1 załącznika nr 8 jako termin wykonania zamówienia wskazano dzień 30 listopada 2012 r. natomiast w pkt II.3) ogłoszenia, zgodnie z wymogami przewidzianymi dla tych ogłoszeń, wskazano termin oznaczony w miesiącach - 5 miesięcy. Uwzględniając czas na przeprowadzenie postępowania i zawarcie umowy w istocie terminy te są zbieżne. Jeżeli

zamawiający podpisze umowę na koniec czerwca 2012 r. to wykonawca będzie miał na wykonanie umowy właśnie 5 miesięcy, które upłyną 30 listopada 2012 r.

Ponadto wykonanie pojazdów w terminie do 30 listopada 2012 r. jest możliwe nie tylko przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA, ale także przez odwołującego, który w innych postępowaniach wskazywał szacunkowy czas wykonania SZT - ok. 6 miesięcy. Odwołujący nie tylko deklarował, ale również wykonywał bardziej skomplikowane pojazdy wielocłonowe w podobnym lub krótszym terminie. W zamówieniu Województwa Pomorskiego na „Wykonanie i dostawę 6 nowych, spalinowych zespołów trakcyjnych” termin dostawy przez odwołującego dwóch pierwszych SZT wynosi 6 tygodni i 1 dzień, trzeciego 10 tygodni i 3 dni, natomiast czwartego i piątego odpowiednio - 12 tygodni i 4 dni oraz 15 tygodni.

Wskazane w pkt 6 str. 10 załącznika nr 2 wymagania dotyczą silnika spalinowego, a nie przekładni głównej. Zamawiający wskazał następujące cechy silnika spalinowego:

- wysokoprężny doładowany,
- zintegrowany z przekładnią główną hydrodynamiczną lub równoważną, generatorem i napędami pomocniczymi,
- o przebiegu do naprawy min. 4 poziomu utrzymania.

Kwestionowana cecha nie dotyczy zatem przekładni głównej, jak twierdzi odwołujący, lecz silnika spalinowego, a zatem w pojeździe powinien być zamontowany silnik spalinowy gwarantujący przebieg 1.200.000 km lub funkcjonowanie przez okres 8 lat do 4 poziomu utrzymania. Nawet gdyby wymóg przebiegu 1.200.000 km dotyczył przekładni głównej, nie jest prawdą jakoby tylko jedna przekładnia spełniała taki wymóg. W postępowaniu oznaczonym sygn. KIO 1184/10 wskazany przez odwołującego producent przekładni ZF Friedrichshafen AG w piśmie z dnia 24 czerwca 2010 r. wskazał, że produkowana przez niego przekładnia ZF - Ecomat Rail osiąga wydajność do 1.200.000 pociągokilometra. Równoważność przekładni zaś należy rozumieć w ten sposób, że przekładnia równoważna w stosunku do przekładni hydrodynamicznej ma spełniać te same funkcje co przekładnia hydrodynamiczna.

Wymogi jakie powinny być spełnione dla jazdy w trakcji wielokrotnej zostały określone w normach UIC 556 oraz UIC 558, których spełnienia zamawiający wymagał dla pojazdu 214Mb-KM i które są wymagane również w niniejszym postępowaniu. Norma UIC 556 zakłada, że dla pewnych funkcji poszczególnych pojazdów, które mają jeździć w trakcji wielokrotnej, zamontowane w nich systemy sterowania posługują się identycznymi sygnałami. Natomiast norma UIC 558 przewiduje konieczność montażu w pojazdach złącza 18 - pinowego. Jeżeli pojazdy różnych producentów spełniają ww. normy powinny one móc jeździć w trakcji wielokrotnej bez konieczności udostępniania dokumentacji. Jazda w trakcji wielokrotnej pojazdów różnych producentów jest praktykowana w Europie, przy czym nie ma

praktyki udostępniania dokumentacji pojazdów, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa poszczególnych producentów.

Pismem z dnia 11 maja 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) opinii prof. dr hab. inż. Zbigniewa Kęsy z dnia 8 maja 2012r. — na okoliczność zasadności zastosowania przekładni hydrodynamicznej w pojazdach kolejowych, jej dostępności na rynku, w tym produkcji przez co najmniej trzech producentów,
- 2) pisma wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z dnia 7 maja 2012 r. wraz z załącznikami (w aktach sprawy) na okoliczność terminu dostawy autobusu szynowego i możliwości zrealizowania zamówienia w terminach wskazanych przez zamawiającego,
- 3) pisma ZF Friedrichshafen AG z dnia 24 czerwca 2010 r. (w aktach sprawy KIO 1184/10) na okoliczność, iż przekładnia oferowana przez tego dostawcę spełnia wymóg równoważności w stosunku do przekładni oferowanej przez Voith.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zamawiający wyjaśnił, co następuje.

W celu przesłania i opublikowania ogłoszenia o zamówieniu korzystano z formularza w formacie elektronicznym na portalu eNotices zarządzanym przez Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Formularz w sekcji II.3 wymaga podania czasu trwania zamówienia lub terminu realizacji w miesiącach albo w dniach od udzielenia zamówienia, bądź daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji. Zamawiający nie miał możliwości wskazania dokładnej daty rozpoczęcia realizacji (m.in. możliwość wystąpienia konieczności wprowadzenia zmian w siwz i przedłużenia w związku z tym terminu składania ofert). Przewidywał, że umowa w sprawie zamówienia zostanie zawarta najpóźniej z końcem czerwca br. Odbiór techniczny autobusów szynowych musi nastąpić w terminie do dnia 30 listopada 2012 r., dlatego też w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano 5-miesięczny okres realizacji zamówienia.

W siwz wskazano jako termin wykonania zamówienia datę 30 listopada 2012r., która wynika z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego realizacji projektu „Zakup spalinowych autobusów szynowych”. W związku z powyższym terminy wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz są zbieżne. Powyższy sposób ustalenia terminu wykonania zamówienia wynika z uwarunkowań dotyczących finansowania zakupu przedmiotowych pojazdów - zamawiający ma otrzymać dotację celową w wysokości około 60% środków finansowych przeznaczonych na jego realizację. Wniosek o płatność musi zostać złożony nie później niż do dnia 7 grudnia 2012 r.

Zarzut, że jedynie wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. jest zdolny

do wykonania zamówienia w terminie określonym przez zamawiającego nie jest zasadny. W ocenie zamawiającego, wyznaczony termin wykonania zamówienia jest wystarczający i nie narusza przepisów Pzp. Ponadto w umowie zawartej między odwołującym, a Województwem Pomorskim w dniu 18 maja 2010r. wskazano terminy wykonania spalinowych autobusów szynowych, zgodnie z którymi dwa pierwsze pojazdy odwołujący miał dostarczyć nieco ponad miesiąc od jej zawarcia, a w terminie wynoszącym nieco ponad pół roku od zawarcia umowy miał dostarczyć wszystkie sześć pojazdów.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 5 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego, stosowanego obecnie na rynku przez jednego producenta, przy jednoczesnym braku opisu kryteriów oceny równoważności oferowanych rozwiązań innych niż wskazane w siwz, nie został poparty żadnymi dowodami. Zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 14 Pzp oraz art. 190 ust. 1 Pzp odwołujący powinien udowodnić twierdzenia, z których wywodzi skutki prawne.

W punkcie 6 załącznika nr 2 do siwz zamawiający wskazał wymagania techniczne dla silnika spalinowego. Nie wprowadzono wprost wymogu zastosowania przekładni hydrodynamicznej. Wskazano jedynie, że silnik spalinowy ma być zintegrowany z przekładnią główną hydrodynamiczną lub równoważną.

Odwołujący nie udowodnił, że Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. są jedynym na rynku wykonawcą, który produkuje spalinowe autobusy szynowe wyposażone w przekładnię hydrodynamiczną i że jedynym na rynku producentem tego podzespołu jest firma Voith. Nie udowodnił także, że nie może sam zakupić tego podzespołu lub na rynku nie jest dostępna przekładnia równoważna w stosunku przekładni hydrodynamicznej, spełniająca wymagania postawione przez zamawiającego. Ewentualna okoliczność utrudniania odwołującemu przez firmę Voith możliwości nabywania jej produktów pozostaje bez wpływu na niniejsze postępowanie (odwołujący może podjąć określone działania wynikające z przepisów prawa, aby doprowadzić do zaniechania takich praktyk,).

Opinia prof. dr. hab. inż. Zbigniewa Kęsy, Kierownika Zakładu Projektowania Zespołów Napędowych Wydziału Mechanicznego Politechniki Radomskiej wskazuje, że przekładnia hydrodynamiczna jest rozwiązaniem znacznie korzystniejszym od wszystkich pozostałych. Na wyższość tego rozwiązania, zwłaszcza jeśli chodzi o niższe zużycie eksploatacyjne przekładni i jej dłuższą żywotność, wskazuje sam odwołujący. Z opinii wynika, iż jest kilku producentów tego rodzaju urządzenia i jest ono powszechnie stosowane w różnych krajach. W piśmie z dnia 24 czerwca 2010 r. spółka ZF Friedrichshafen AG wskazała, że oferowana przez nią przekładnia ZF - Ecomat Rail osiąga wydajność do 1.200.000 pociągokilometrów, co potwierdza spełnianie przez ten podzespół przesłanki równoważności w stosunku do przekładni hydrodynamicznej oferowanej przez Voith Turbo Sp. z o.o. Zdaniem zamawiającego z przepisów ustawy Pzp wynika jedynie konieczność

zapewnienia w określonych przypadkach przez zamawiającego, możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego (art. 30 ust. 4 Pzp), natomiast na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że proponowane przez niego rozwiązanie ma charakter równoważny (art. 30 ust. 5 Pzp). Zamawiający określił wyraźnie, iż od zaoferowanej przekładni oczekuje, aby spełniała warunek 1.200.000 km przebiegu pomiędzy naprawami poziomu 4.

Z sentencji i uzasadnienia wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1184/10 wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza uznała przekładnie oferowane przez ZF i VOITH za równoważne. Z powyższego wynika, że odwołujący dysponuje rozwiązaniem technicznym (przekładnią firmy ZF) spełniającym wymagania postawione w siwz, a ponadto nie jest pozbawiony możliwości zastosowania przekładni Voith. Nawet gdyby założyć, że odwołujący rzeczywiście nie może dostarczyć pojazdów wyposażonych w przekładnię hydrodynamiczną lub równoważną, fakt ten nie uzasadnia twierdzenia, iż zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym. Określenie wymagań, w tym także 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. Za takim stanowiskiem przemawia ugruntowane orzecznictwo KIO (por. np. wyrok z dnia 22.03.2012 r., sygn. akt KIO 471/12; wyrok z dnia 15.02.2012 r., sygn. akt KIO 255/12, wyrok z dnia 12.10.2011 r., sygn. akt KIO 2127/11, wyrok z dnia 26.08.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1702/10).

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu jazdy w trakcji wielokrotnej trzech pojazdów z pojazdem typu 214Mb-KM przy jednoczesnym braku zapewnienia wykonawcy danych technicznych umożliwiających dostawę pojazdu zgodnie z tym wymogiem, co skutkuje tym, iż dostawa pojazdu spełniającego wskazany wymóg może zostać zrealizowana wyłącznie przez producenta pojazdów 214Mb także nie został poparty dowodami. Wymóg jazdy w trakcji wielokrotnej trzech pojazdów z pojazdem typu 214Mb-KM jest zasadny z uwagi na to, że zamawiane autobusy muszą być kompatybilne z taborom używanym dotychczas przez „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o., które będą użytkownikiem zamawianych pojazdów. Spółce KM zależy, aby zamawiany tabor, który będzie użytkowany na różnych liniach, o różnym natężeniu ruchu podróźnych, mógł być łączony w trakcję wielokrotną stosownie do bieżących potrzeb. Ponadto w razie unieruchomienia pojazdu na torach można holować unieruchomiony pojazd przy pomocy innego kompatybilnego pojazdu. Zauważyć przy tym należy, że szynobusy spalinowe poruszają się przede wszystkim po liniach niezelektryfikowanych.

W orzecznictwie przyjmuje się, że zasadniczym celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zaspokojenie potrzeb zamawiającego polegające na nabyciu określonych

przez niego rzeczy lub usług, nie zaś sprzedaż przez wykonawców określonego asortymentu (por. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 144/12 oraz wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt 2758/11).

Ponadto zarówno w postępowaniu dotyczącym nabycia obecnie używanych pojazdów 214Mb, jak i w niniejszym postępowaniu, zamawiający żądał, aby spełniały one normy UIC 556 oraz UIC 558., których spełnienie umożliwia jazdę w trakcji wielokrotnej bez konieczności przekazywania wykonawcy dokumentacji technicznej producenta obecnie używanych pojazdów 214Mb.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania – wypełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania.

Izba uznała, że wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. zgłosił przystąpienie nieskutecznie - po upływie ustawowego terminu, określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 27 kwietnia 2012 r. Przystąpienie zostało zgłoszone do Prezesa KIO w dniu 4 maja 2012 r., a zatem termin 3 dni od daty otrzymania zawiadomienia upłynął w dniu 2 maja 2012 r., który to dzień nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. nie stał się w związku z powyższym uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 4 i art. 41 ust. 6 Pzp, poprzez wskazanie w ogłoszeniu oraz siwz dwóch różnych terminów wykonania zamówienia, Izba znała za niezasadny.

Zgodnie z pkt V siwz oraz § 3 ust. 1 załącznika nr 8 zamawiający wskazał termin wykonania zamówienia jako 30 listopada 2012 r. Biorąc pod uwagę treść ogłoszenia o zamówieniu w pkt II.3) podaną zgodnie z zasadami publikacji ogłoszeń, tj. wskazanie terminu oznaczonego w miesiącach - 5 miesięcy, Izba uznała że terminy te nie są rozbieżne.

Należy uznać, że termin wynikający z treści ogłoszenia jak i siwz został ustalony przez zamawiającego jako 5 miesięcy od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jednak nie później niż do dnia 30 listopada 2012 r.

Jednocześnie Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 oraz art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 5 Pzp, poprzez ustalenie terminu dostaw pojazdów wskazujące wyłącznie na jednego wykonawcę, tj. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., tj. nie ograniczył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez określenie terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący nie dowodził w toku postępowania, że wykonanie dostaw 2 szt. jednoczłonowych spalinowych autobusów szynowych nie jest możliwe w terminie 5 miesięcy. Ponadto odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności, że podmiot, który nie dysponuje pojazdem pierwotnym określonego typu (214Mx) nie jest w stanie przeprowadzić badania typu pojazdu zakończonego otrzymaniem zezwolenia na eksploatację. Treść złożonego przez zamawiającego pismo z dnia 28 lipca 2010r. – odwołanie firmy NEWAG wniesione do prezesa KIO 30 lipca 2010r. potwierdza jednoznacznie stanowisko odwołującego prezentowane w innym postępowaniu, że „typowy czas produkcji dwuczłonowego autobusu szynowego wynosi ok. 6 miesięcy”, oraz że „dostawa pojazdu może nastąpić w co najmniej pół roku od podpisania umowy”. Potwierdza te okoliczności także umowa zawarta przez NEWAG S.A. z Województwem Pomorskim - termin dostawy w harmonogramie dostaw w załączniku nr 2 do tej umowy dwóch pierwszych pojazdów został ustalony na dzień 30 czerwca 2010r. podczas gdy umowa została zawarta 18 maja 2010r. Kolejne cztery pojazdy miały zostać dostarczone w terminie do stycznia 2011r. Odwołujący przyznał na rozprawie, że realizował zamówienie Województwa Pomorskiego na „Wykonanie i dostawę 6 nowych, spalinowych zespołów trakcyjnych” w tak krótkim terminie, jednak termin realizacji ww. zamówienia nie został przez odwołującego dotrzymany.

Izba zważyła, że zamawiający ma prawo przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z własnymi realnymi i obiektywnymi potrzebami. Fakt, iż jeden z wykonawców działających na danym rynku nie posiada aktualnie możliwości realizacji zamówienia w wymaganym przez zamawiającego terminie, nie oznacza naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przedmiotowym stanie faktycznym termin realizacji zamówienia wynika z okoliczności zewnętrznych, w szczególności z umowy w sprawie dotacji na dofinansowanie zamówienia ze środków budżetowych. Zamawiający przedstawił projekt umowy o dofinansowanie projektu pn. zakup autobusów szynowych ze środków pochodzących z budżetu państwa. Z treści § 4 ustęp 3 tej umowy wynika, iż wniosek o płatności musi być przekazany do dnia 7 grudnia 2012r. Termin realizacji zamówienia wynika również z umowy z dnia 14 marca 2012r. zawartej pomiędzy Województwem Mazowieckim, a spółką Koleje Mazowieckie – KM

Sp. z o.o. (§ 2 lit. g). W § 1 ust. 2 tej umowy znajduje się postanowienie, iż przedmiotowe zamówienie będzie współfinansowane ze środków pochodzących z rezerwy celowej budżetu państwa na podstawie uchwały Rady Ministrów w sprawie finansowania kolejowych przewozów pasażerskich nr 256/08 z dnia 2 grudnia 2008r. Termin dostaw autobusów szynowych jest określony także w harmonogramie finansowo – rzeczowym (załącznik nr 1 do umowy nr 805/5/1/1/2012, której projekt okazał zamawiający na rozprawie). Harmonogram wskazuje termin zakończenia zadania – jako listopad 2012 r.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 5 Pzp, poprzez opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotu zamówienia za pomocą wskazania konkretnego rozwiązania technicznego, stosowanego obecnie na rynku przez jednego producenta.

W punkcie 6 załącznika nr 2 do siwz „Wymagania techniczne dla jednoczłonowego spalinowego autobusu szynowego” zamawiający podał wymagania techniczne dla silnika spalinowego. Zamawiający wprowadził wymóg zintegrowania silnika z przekładnią główną hydrodynamiczną lub równoważną o przebiegu do naprawy minimum 4 poziomemu utrzymaniu (pkt. 6, str. 10). Z kolei w punkcie 10 zamawiający wskazał, iż 4 poziom utrzymania może się odbyć po przebiegu co najmniej 1.200.000 km lub co 8 lat.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, któremu zamawiający nie zaprzeczał, że zestawienie tych dwóch wymogów oznacza, iż w pojeździe winna zostać zabudowana przekładnia hydrodynamiczna lub równoważna gwarantująca przebieg min. 1.200.000 km do 4 poziomu utrzymania. Odwołujący podnosił, że obecnie na rynku dostępna jest wyłącznie jedna przekładnia spełniająca wymagania zamawiającego - produkowana przez firmę Voith o symbolu T212bre/T312bre, stosowana w SZT produkowanych przez PESA.

W ocenie Izby określenie wymogu dotyczącego przekładni hydrodynamicznej jest w pełni uzasadnione. Słuszne jest zdaniem Izby stanowisko zamawiającego co do nabycia pojazdów, które posiadają nowoczesne i korzystne rozwiązania konstrukcyjne zapewniające maksymalnie długi okres użytkowania pojazdu do pierwszej naprawy serwisowej lub okresy między-serwisowe. Opinia prof. dr hab. inż. Zbigniewa Kęsy Kierownika Zakładu Projektowania Zespołów Napędowych Wydziału Mechanicznego Politechniki Radomskiej z dnia 8 maja 2012r. potwierdza zasadność zastosowania przekładni hydrodynamicznej w pojazdach kolejowych oraz jej dostępność na rynku. Opinia ta wskazuje, że przekładnia hydrodynamiczna jest rozwiązaniem znacznie korzystniejszym od wszystkich pozostałych. Na wyższość tego rozwiązania, zwłaszcza jeśli chodzi o niższe zużycie eksploatacyjne przekładni i jej dłuższą żywotność, wskazuje także sam odwołujący. Z opinii wynika, iż jest kilku producentów tego rodzaju urządzenia i jest ono powszechnie stosowane w różnych krajach. Fakt, iż dostępne są także na rynku skrzynie biegów zbudowane

w oparciu o inne rozwiązania techniczne, tj. przekładnie hydromechaniczne także nie budzi wątpliwości i został zgodnie potwierdzony przez strony postępowania odwoławczego. Zamawiający określając w siwz określony wymagany rodzaj przekładni (hydrodynamiczną) wskazał, że dopuszcza zaoferowanie przekładni równoważnych. Zamawiający na rozprawie powyższe potwierdził i wyjaśnił, że równoważność przekładni, polegająca na spełnianiu wymaganych funkcjonalności opisanych w siwz, musi być wykazana przez wykonawcę, który zaoferuje rozwiązanie równoważne (art. 30 ust. 5 Pzp). Nie ma znaczenia w jaki sposób działa przekładnia lecz istotne jest osiągnięcie określonych w siwz parametrów. Zamawiający wyjaśnił, iż od zaoferowanej przekładni oczekuje, aby spełniała warunek min. 1.200.000 km przebiegu pomiędzy naprawami poziomu 4.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, zamawiający nie może dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zauważyć należy jednak, że sam fakt, iż opis przekładni wskazuje na konkretne rozwiązanie techniczne, stosowane obecnie na rynku wyłącznie przez jednego producenta nie dowodzi wprost ograniczenia uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców potencjalnie może nabyć u producenta dany produkt (tu zespół napędowy). Ponadto zamawiający w takim przypadku ma obowiązek dopuścić rozwiązania równoważne (art. 30 ust.4 Pzp), co zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uczynił (pkt 6 załącznika nr 2 do siwz). Dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może mieć jednak charakteru wyłącznie formalnego. Zamawiający powinien mieć stosowne rozeznanie rynku, tak aby zaoferowanie rozwiązań równoważnych było realne i możliwe do spełnienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wykazał, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych do przekładni hydrodynamicznej firmy Voith ma charakter realny oraz że istnieje przekładnia hydromechaniczna produkowana przez firmę ZF Friedrichshafen AG równoważna do przekładni hydrodynamicznej firmy Voith w zakresie kluczowego dla sprawy parametru: min. 1.200.000 km przebiegu pomiędzy naprawami poziomu 4.

Producent przekładni ZF Friedrichshafen AG w piśmie z dnia 24 czerwca 2010 r. co prawda wskazał, że produkowana przez niego przekładnia ZF - Ecomat Rail osiąga wydajność do 1.200.000 pociągokilometra, jednakże przekładnia ta obecnie nie jest już produkowana, co wynika z pisma złożonego przez odwołującego firmy ZF Friedrichshafen AG z dnia 15 maja 2012 r. Wprowadzony na jej miejsce nowy produkt - przekładnia hydromechaniczna ZF Ecolife Rail nie spełnia wymagania w tym zakresie. Z zestawienia parametrów technicznych dostępnych na rynku przekładni, złożonego przez zamawiającego, jak i przez odwołującego, wynika, że przekładnia ta osiąga przebieg 800 000 km (1 000 000 km) do naprawy serwisowej poziomu 4. Z tego względu Izba stwierdziła, że pomimo dopuszczenia rozwiązania równoważnego w zakresie przekładni hydrodynamicznej w postaci przekładni hydromechanicznej, jak wskazywał zamawiający, nie jest możliwe zaoferowanie tej

przekładni, gdyż nie spełnia ona omawianego wymogu specyfikacji. Jak już wskazano powyżej dopuszczenie rozwiązania równoważnego musi mieć charakter realny, dlatego Izba uznała, że zamawiający powinien zmienić wymaganie dotyczące minimalnego przebiegu do naprawy serwisowej poziomu 4 tak aby możliwe było zaoferowanie rozwiązania równoważnego w postaci przekładni hydromechanicznej. Wymaganie powyższe powinno zatem określać minimalny przebieg 800 000 km do naprawy serwisowej poziomu 4. Tak sformułowane wymaganie nie wyklucza możliwości zaoferowania przekładni hydrodynamicznej. Najkorzystniejsze zaś dla zamawiającego rozwiązanie i zarazem najkorzystniejsza oferta może podlegać ocenie według kryteriów, które mają w tym postępowaniu dla zamawiającego największe znaczenie.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu jazdy w trakcji wielokrotnej trzech pojazdów z pojazdem typu 214Mb-KM przy jednoczesnym braku zapewnienia wykonawcy danych technicznych umożliwiających dostawę pojazdu zgodnie z tym wymogiem. Zamawiający zweryfikował na rozprawie swoje wcześniejsze stanowisko w sprawie wymogu dotyczącego kompatybilności oferowanych pojazdów z pojazdami 214MB będącymi aktualnie w użytkowaniu. Wyjaśnił, że uzyskał informację od producenta systemu sterowania pojazdami 214MB, iż nie ma możliwości udostępnienia wykonawcy zamówienia kodów zapewniających pełną kompatybilność obu rodzajów pojazdów. Jednocześnie brak jest możliwości przekazania wykonawcom dokumentacji technicznej producenta obecnie używanych pojazdów 214Mb, ponieważ informacje te podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z powyższym zamawiający oświadczył, iż ograniczy wymagania w zakresie kompatybilności ww. pojazdów zawarte w siwz - załącznik nr 2 punkt 1 „sterownie wielokrotne” – „co najmniej 3 pojazdy przy możliwości pełnej współpracy z pojazdami typu 214 Mb-KM.” wyłącznie do możliwości wynikających z karty UIC558. Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany w siwz treści powyższego wymagania.

Stwierdzone w niniejszej sprawie naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołania, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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).

Przewodniczący: