

Sygn. akt KIO/UZP 961/09

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego „**Koleje Mazowieckie – KM**” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa protestu z dnia 22 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz „**Koleje Mazowieckie – KM**” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 **Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz.**

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

I. W dniu 9.06.2009 r. Koleje Mazowieckie-KM Sp. z o.o. (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę 10 szt. używanych elektrycznych zespołów trakcyjnych i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 22.06.2009 r. na postanowienia SIWZ NEWAG S.A. (dalej: Odwołujący) – złożyła protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 30.06.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 10.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co podtrzymał również później w odwołaniu, naruszenie art. 7 ust. 1 art. 29 ustawy oraz art. 134 ust 6 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby i utrudnia uczciwą konkurencji i wniósł o nakazanie Zamawiającemu dostosowanie treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ do przepisów obowiązującego prawa, w szczególności poprzez:

1) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem m.in. przez opisanie równoważności dostarczanych zespołów trakcyjnych lub zmianę parametrów, dopuszczenie możliwości zaoferowania produktów fabrycznie nowych lub wyprodukowanych bez konieczności posiadania w momencie składania oferty pojazdów używanych określonego typu;

2) zmianę (wydłużenie) terminu realizacji zamówienia,

3) wykreślenie bezprawnego zapisu o możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

Według Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia pozostaje w rażącej sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, tym samym prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców poprzez ograniczenie kręgu Wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia do jednego tylko podmiotu, który w chwili obecnej dysponuje wymaganymi przez Zamawiającego pojazdami.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający: 1) wskazuje na określony sposób wykonania zamówienia wymagający posiadania konkretnego typu pojazdów, bez możliwości wykonania zamówienia w inny sposób a umożliwiający dostawę pojazdów w pełni spełniających wymagania zamawiającego; 2) wskazuje na konkretny typ pojazdów bez wskazania na parametry równoważności; 3) kieruje zamówienie do określonego wykonawcy w sposób nieuzasadniony utrudniając dostęp do rynku wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny wskazał, że zamawia elektryczne zespoły trakcyjne (ezt) określonych typów tj. EN 57 i EN 71. Oba modele elektrycznych zespołów trakcyjnych produkowane były przez Fabrykę Wagonów "Pafawag", obecnie zaprzestano ich produkcji, więc – o ile nie zostały zezłomowane i są sprawne – znajdują się w dyspozycji przewoźników. Zamawiający co prawda dopuścił możliwość zaoferowania zespołów trakcyjnych równoważnych w stosunku do wymaganych, nie opisując jednakże, w jaki sposób ta równoważność będzie oceniana, co czyli możliwość zaoferowania innych ezt iluzoryczną. Odwołujący wskazał, iż byłby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, gdyby nie dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia. O ile bowiem dostarczenie wskazanych przez Zamawiającego zespołów trakcyjnych serii EN57 i EN71 jest wymaganiem niemożliwym do spełnienia przez Odwołującego, to dostarczenie Zamawiającemu zespołów trakcyjnych równoważnych jest możliwe, gdyby tylko Zamawiający opisał w SIWZ wymagania co do oceny ich równoważności. Według Odwołującego, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wystarczającym opisem równoważności jest postanowienie zawarte w rozdziale III "Opis przedmiotu

zamówienia" pkt 15 SIWZ, zgodnie z którym równoważne ezt muszą zapewniać możliwość połączenia elektrycznego i mechanicznego uzyskaniem pełnej funkcjonalności użytkowej z eksploatowanymi obecnie przez Zamawiającego, a więc muszą być kompatybilne technicznie, bowiem nie można uznać, że Zamawiający w ten sposób określił podstawowe parametry, które będą oceniane pod kątem równoważności w trakcie badania i oceny ofert.

Zamawiający nie zgodził się z powyższym stanowiskiem Odwołującego i wskazał, iż Prawo zamówień publicznych bezwzględnie nie zakazuje użycia nazw i znaków towarowych w opisie przedmiotu zamówienia, a dopuszcza to, jeśli jest uzasadniona specyfika zamówienia, co, zdaniem Zamawiającego, zostało spełnione w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazał co prawda konkretne typy pożądanych przez siebie pojazdów, lecz dopuścił rozwiązania równoważne – jedynym kryterium równoważności jest kompatybilność techniczna (elektryczna i mechaniczna), tj. uzyskanie pełnej funkcjonalności użytkowej z eksploatowanymi obecnie przez Zamawiającego pojazdami.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiły Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” SA. (dalej: Przystępujący), które poparły stanowisko Zamawiającego. Przystępujący podniósł, iż złożył w postępowaniu ofertę na tabor równoważny do opisanego w SIWZ.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ, twierdzi, że wobec wymagań Zamawiającego dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiających złożenie mu konkurencyjnej oferty, nie jest możliwy jego udział w postępowaniu, a tym samym - udzielenie mu zamówienia. Powyższej konstatacji składu orzekającego nie niweczy okoliczność, iż w terminie składania ofert, tj. w dn. 24.07.2009 r. Odwołujący jednak złożył ofertę w postępowaniu – Zamawiający nie dokonał jeszcze badania ofert, a zatem na dzień orzekania nie ma pewności, czy oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający ustalił, że Zamawiający opisał rzeczywiście przedmiot zamówienia przez podanie typów oczekiwanych przez siebie urządzeń (EN57 i EN71), lecz wyraźnie dopuścił składanie ofert równoważnych – jedynym kryterium równoważności była kompatybilność (elektryczna i mechaniczna) z ezt eksploatowanymi przez Zamawiającego (pkt 15 Rozdziału

III). W dniu złożenia odwołania Zamawiający, odpowiadając na pytanie złożone do SIWZ, uszczegółowił kryteria równoważności opisane w przywołanym wyżej postanowieniu SIWZ, wskazując, iż „Równoważne ezt muszą zapewnić możliwość połączenia mechanicznego z ezt eksploatowanymi obecnie przez Zamawiającego, tj. serii EN57, EN71, EW60.

Elektryczne zespoły trakcyjne serii EN57 lub równoważne mają zapewniać możliwość połączenia elektrycznego i mechanicznego z uzyskaniem pełnej funkcjonalności użytkowej między sobą oraz z ezt serii EN57AKM (naprawa główna zrealizowana w 2009 r.).

Ponadto ezt serii EN71 lub równoważne mają zapewniać możliwość połączenia elektrycznego i mechanicznego z uzyskaniem pełnej funkcjonalności użytkowej między sobą oraz z eksploatowanym przez Zamawiającego ezt EN71-100.” (pkt 15 Rozdział II SIWZ po zmianie z dn. 10.07.2009 r.).

W ocenie składu orzekającego, odpowiedź na pytanie nr 7 z dn. 10.07.2009 r. nie zmieniła na tyle opisu kryteriów równoważności, aby móc uznać ją za – niejako nie wprost – przyznanie racji Odwołującemu i uznanie protestu po upływie terminu na jego rozstrzygnięcie. Jak wynika z pytań i odpowiedzi udzielonych zainteresowanym wykonawcom, kwestia równoważności pojazdów do pojazdów wskazanych przez Zamawiającego w treści SIWZ była przedmiotem zainteresowania wykonawców, i zadawano w toku wyjaśnień SIWZ wiele pytań na ten temat. Ostatecznie, jak podniósł Przystępujący na rozprawie, jego oferta (oferta z najniższą ceną, oferta Odwołującego - była droższa i przewyższała ilość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia) również obejmowała rozwiązania równoważne (Przystępujący zaoferował ezt serii EMW 311 równoważnych EN 57).

Rację ma Odwołujący, że podanie znaków towarowych i nazw w opisie przedmiotu zamówienia jest wyjątkiem od ogólnej reguły i może być uzasadnione jedynie specyfiką przedmiotu zamówienia, jednak w niniejszym przypadku Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i uznała, że właśnie specyfika zamówienia pozwala na taki opis przedmiotu zamówienia. Z całokształtu okoliczności bowiem wynika, że zamiarem Zamawiającego nie było utrudnienie dostępu do rynku potencjalnym uczestnikom postępowania, a przeciwnie, opis przedmiotu zamówienia w sposób zrozumiały i oczywisty na rynku taboru kolejowego.

Również wymóg dostarczenia pojazdów używanych był uzasadniony, w ocenie składu orzekającego, specyfiką przedmiotu zamówienia – w tymże postępowaniu zaoferowanie ezt nowowyprodukowanych było nierealne, zarówno pod względem opłacalności (trudno się spodziewać, że nowe ezt byłyby cenowo konkurencyjne wobec używanych), jak i ze względu na termin wykonania zamówienia. Kwestię terminu realizacji dostaw Odwołujący wskazywał jako kolejny argument, iż Zamawiający preferuje określonego dostawcę (czy dostawców), którzy już dany sprzęt posiadają, jednak skład orzekający nie zaakceptował tych argumentów i wskazuje, że Zamawiający ma prawo tak ukształtować

termin realizacji zamówienia, aby osiągnąć swój cel (tj. jak najszybciej uzyskać pożądaný przedmiot zamówienia), a oczekiwanie Odwołującego, że Zamawiający termin ten wydłuży, bowiem mógłby on w tym czasie wyprodukować nowe ezt, jest nieuzasadnione.

Z drugiej strony należy również zauważyć, że gdyby Odwołujący zaoferował rzeczywiście ezt nowe (przykładowo, pochodzące z dawnej produkcji), Zamawiający nie miałby podstaw, aby uznać, że nie są one równoważne do opisanych w SIWZ – bowiem jedynym kryterium równoważności była bowiem kompatybilność z ezt już eksploatowanymi przez Zamawiającego, a nie dostawa ezt wyprodukowanych przed określoną datą.

W ocenie składu orzekającego, jeżeli wymogi stawiane przez Zamawiającego są uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami, nie ma znaczenia, że ograniczony krąg dostawców (bądź nawet, w skrajnych przypadkach, tylko jeden dostawca) może zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z opisem w SIWZ. Dlatego nie mogło mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia pismo złożone przez Odwołującego na rozprawie, uprawdopodobniające, że nie może złożyć oferty wspólnie z jednym z dysponentów ezt typu EN57 i EN71 (przewoźnika PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o.), bądź zakupić ezt od tego przewoźnika.

Reasumując, Izba stwierdziła, iż nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ustawy Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zamieszczenia przez Zamawiającego w ogłoszeniu informacji o możliwości udzielenia w przyszłości zamówienia uzupełniającego, Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 134 ust. 6 pkt 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia sektorowego w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorcze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego.

Aby zatem doszło do zgodnego z prawem udzielenia zamówienia uzupełniającego, muszą zistąpić się dwie przesłanki: Zamawiający musi uczynić o zamiarze udzielenie zamówienia uzupełniającego wzmiankę w ogłoszeniu (przesłanka formalna) i zamówienia te muszą stanowić nie więcej niż 50 % dotychczasowego zamówienia, a „zmiana wykonawcy

powodowałyby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałyby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze” (przesłanka materialna).

Skład orzekający zważył, iż sam fakt wskazania w ogłoszeniu na możliwość zamówień uzupełniających w przyszłości nie przesądza, że zamówienia te zostaną rzeczywiście udzielone, a jedynie wskazuje na taką ewentualność, dlatego nawet jeżeli zaistnienie drugiej przesłanki jest mało prawdopodobne (skoro jedynym kryterium równoważności w obecnym postępowaniu do pojazdów wskazanych przez Zamawiającego jest możliwość połączenia ich z innymi pojazdami, to trudno się spodziewać, że dostarczenie w przyszłości pojazdów – być może innego typu, ale również kompatybilnych z pojazdami posiadanymi przez Zamawiającego, równoważnymi do pojazdów EN57 i EN71 - przez innego dostawcę spowoduje taką niekompatybilność bądź trudności w dozorze, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 4 Prawa zamówień publicznych), to trudno dopatrzeć się w takiej wzmiance w ogłoszeniu skutku w postaci uszczerbku w interesie Odwołującego na tym etapie postępowania. Wobec powyższego, skład orzekający nie mógł uwzględnić naruszenia art. 134 ust. 6 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ze względu na okoliczność, że nie miałyby to wpływu na wynik postępowania (zatem nie byłoby podstaw do uwzględniania odwołania, gdyby opierało się ono tylko na tym zarzucie - art. 191 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych stosowany odpowiednio).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....