

WYROK
z dnia 30 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2013 r. przez Odwołującego – Newag SA w Nowym Sączu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Przewozy Regionalne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
przy udziale wykonawcy – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA w Bydgoszczy, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego - Newag SA w Nowym Sączu, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego Newag SA w Nowym Sączu na rzecz Zamawiającego Przewozy Regionalne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 - Praga.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Leasing autobusów szynowych” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 005-005814.

II. Wobec brzmienia ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], Odwołujący w dniu 15 stycznia 2013 r. r. złożył odwołanie, w którym zarzucił naruszenie art. 7 Ustawy poprzez wyznaczenie terminu dostawy dwóch pierwszych autobusów szynowych jednoczłonowych na odpowiednio 5 i 6 miesięcy od zawarcia umowy [pkt II. 1.5 ppkt 2.1. Ogłoszenia o zamówieniu, § 5 ust. 1 pkt 1 i 2 SIWZ oraz § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 załącznika nr do SIWZ], co prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i ograniczenia konkurencji do jednego wykonawcy, jako że dla pozostałych potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, zobowiązanie to jest obiektywnie niemożliwe do wykonania w terminie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt II. 1.5) ppkt 2.1. Ogłoszenia o zamówieniu, § 5 ust. 1 pkt 1 i 2 SIWZ oraz § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ, poprzez ustalenie terminu dostawy pierwszego oraz drugiego autobusu szynowego jednoczłonowego na 12 miesięcy od podpisania umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał następujące argumenty, mające potwierdzać zasadność podnoszonych zarzutów:

- przedmiotem postępowania, jest dostawa w formie leasingu 6 nowych autobusów szynowych, w tym dwóch jednoczłonowych oraz czterech dwuczłonowych. Zamawiający ustalił termin dostawy dwóch autobusów jednoczłonowych na 5 i 6 miesięcy od zawarcia umowy, natomiast dostawa czterech pozostałych autobusów dwuczłonowych przewidziana jest na 8 i 9 miesięcy od zawarcia umowy.

- **Rynek autobusów szynowych w Polsce:** pierwsze nowe autobusy szynowe pojawiły się w Polsce w końcu lat dziewięćdziesiątych dwudziestego wieku. Ich producentami były dwie polskie firmy Kolzam Racibórz, oraz ZNTK Poznań. Wymienieni producenci popadli pod koniec

lat dziewięćdziesiątych w kłopoty finansowe, będące skutkiem zapaści w branży kolejowej. Wchodząca na rynek Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA i pogarszająca się sytuacja finansowa ww. firm doprowadziła do ich całkowitego wykluczenia z postępowań przetargowych, przez co rynek pojazdów został w Polsce całkowicie zdominowany przez PESE. Stało się to w roku 2005. Podmiot ten rozszerzając asortyment produkowanych pojazdów w ciągu kilku lat poszerzył paletę oferowanych pojazdów o pojazdy dwuczłonowe oraz trójczłonowe pozostając jedynym polskim producentem na rynku tego typu pojazdów. Dopiero wygraną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonym przez Urząd Marszałkowski Województwa Pomorskiego i dostawami w roku 2010 Odwołujący wszedł do tego segmentu pojazdów kolejowych. Równoległe z procesem przystępowania do postępowań przetargowych Odwołującego PESA S.A. przystępując do postępowań w konsorcjum ze spółką od siebie zależną ZNTK Mińsk Mazowiecki S.A. „wykreowała” następnego producenta spalinowych zespołów trakcyjnych realizujących decyzje dominanta. Dzięki wygraniu postępowaniu prowadzonemu przez UMW Pomorskiego, Odwołujący wprowadził do swojej oferty dwuczłonowe i trójczłonowe autobusy szynowe. W ciągu kolejnych kilku lat [czterech] Odwołujący uczestniczył w kilku postępowaniach na dostawę pojazdów jednoczłonowych - niestety bezskutecznie [postępowania powadzone przez UMW Dolnośląskiego, UMW Podkarpackiego oraz dwa postępowania prowadzone przez Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o. Biorąc powyższe pod uwagę, jedynym dostawcą jednoczłonowych autobusów szynowych jest PESA S.A. i podmiot od niej zależny ZNTK Mińsk Mazowiecki. Jednocześnie brak jest zainteresowania producentów zagranicznych udziałem w postępowaniach na dostawę autobusów szynowych w Polsce. Brak potencjalnych konkurentów zagranicznych wynika z kilku zasadniczych względów, do których należą w szczególności: mała skala powtarzalnych zamówień na pojazdy spalinowe; niewielka liczba podmiotów zagranicznych posiadających w swojej ofercie autobusy szynowe; wysokie koszty polonizacji produktów zagranicznych przy stosunkowo dużej różnorodności wymagań polskich odbiorców; wysokie ceny i wysokie ryzyko walutowe; brak zaplecza technicznego w Polsce niezbędnego do świadczenia usług serwisowych i utrzymania na odpowiednim poziomie. Jak wynika z zestawienia dostaw autobusów szynowych na polskim rynku za ostatnie lata na dzień 31 grudnia 2011 r., jedynym podmiotem, który dostarczał nowe pojazdy jednoczłonowe była PESA/MM. Pojazdów jednoczłonowych nie dostarczał Odwołujący, który jest obok PESY jedynym podmiotem działającym na polskim rynku nowych autobusów szynowych. ZNTK Poznań oraz Kolzam, które dostarczyły kilka pojazdów jednoczłonowych w przeszłości, obecnie nie prowadzą jakiegokolwiek działalności produkcyjnej na rynku autobusów szynowych. Z kolei Duwag, to jest spółka zarejestrowana w Niemczech, dostarczała pojazdy szynowe używane, a obecnie nie prowadzi działalności na polskim rynku. Co więcej, PESA/MM dostarczyła dla Kolei Mazowieckich Sp.

z o.o. cztery autobusy jednoczłonowe typu SA 135, co potwierdza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na dostawę dwóch autobusów jednoczłonowych dla Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o. z 2012 oraz tożsame ogłoszenie z 2011. Dostarczone pojazdy typu SA 135 zawierały układ napędowy spełniający normy emisji spalin Euro Stage III B [artykuł z portalu rynek kolejowy - załącznik nr 3];

- Zamawiający w niniejszym postępowaniu również wymaga dla układu napędowego spełnienia norm Euro Stage III B, co znajduje wyraz w pkt 6.7.1 załącznika nr 5 do SIWZ. Tym samym, PESA/MM dostarczała już autobus szynowy jednoczłonowy o rozwiązaniach technicznych takich, jakie wymaga Zamawiający w zakresie najważniejszych podzespołów pojazdu, co oznacza, iż PESA/MM dysponuje wydanym przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego świadectwem typu na autobus szynowy o jednym członie z układem napędowym EURO Stage III B. Posiadanie przez PESA/MM świadectwa typu na autobus szynowy jednoczłonowy z układem napędowym spełniającym normy emisji spalin EURO Stage III B przy obecnym terminie dostawy autobusów jednoczłonowych oznacza ograniczenie konkurencji wyłącznie do jednego wykonawcy tj. PESA/MM. Zgodnie z art. 23 b ust 2 Ustawy o transporcie kolejowym, każdy pojazd przed rozpoczęciem eksploatacji musi uzyskać zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji wydawane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego [UTK] Przy czym, przy pierwszym pojeździe o określonych rozwiązaniach konstrukcyjnych wydawane jest zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, co wymaga przeprowadzenia szczegółowych badań określonych w Rozporządzeniu Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 7 sierpnia 2012 r. w sprawie zakresu badań koniecznych do uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli przeznaczonej do prowadzenia ruchu kolejowego, świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego oraz świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. Natomiast w zakresie następnych pojazdów o tożsamych rozwiązaniach konstrukcyjnych jak pojazd pierwotny, zgodnie z art. 23d ust. 2 Ustawy o transporcie kolejowym, wydawane jest jedynie zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji w oparciu o zgodność z typem, bez konieczności ponownego przeprowadzania badań pojazdu. Instytucja zezwoleń na dopuszczenie pojazdu do eksploatacji została wprowadzona poprzez zmianę ustawy o Transporcie Kolejowym, która weszła w życie w dniu 28.01.2012 r. w celu dostosowania polskiego ustawodawstwa do Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności [TSI] Upřednio Prezes UTK wydawał świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz świadectwa zgodności z typem, które zostały zastąpione przez obecnie stosowane zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji. Jednocześnie, wedle art. 2 ust. 1 Ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o transporcie kolejowym [Dz.U.2011.230.1372], wszelkie wydane upřednio świadectwa na dopuszczenie do

eksploatacji typu pojazdu kolejowego zachowują swoją ważność. Oznacza to, że jeżeli dany podmiot uzyskał przed 28.01.2012 r. świadectwo dopuszczenia do eksploatacji danego typu pojazdu, to obecnie nie jest zobligowany do przeprowadzania całej procedury badawczej i może w dalszym ciągu występować o świadectwa zgodności z typem na podstawie przepisów uchylonych. Możliwość wykorzystania otrzymanego przed 28.01.2012 r. świadectwa na dany typ pojazdu znacznie skraca całą procedurę dopuszczenia do eksploatacji pojazdu, ponieważ producent typu pojazdu, który uzyskał uprzednio świadectwo, nie jest zmuszony do przeprowadzenia badań wedle przepisów po nowelizacji Ustawy o transporcie kolejowym i Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 7 sierpnia 2012 r. Natomiast producent, który nie uzyskał przed 28.01.2012 r. świadectwa na dany typ pojazdu, w razie podjęcia produkcji nowego typu będzie zobligowany do przeprowadzenia pełnych badań i uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji na nowych zasadach. Obecnie pierwsze postępowania uzyskiwania zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji wedle treści Ustawy o Transporcie Kolejowym po zmianach z dnia 28.02.2012 r. są w toku. Zgodnie z art. 23f ust. 4 pkt 1 Ustawy o transporcie kolejowym, procedura wydawania zezwolenia przez Prezesa UTK trwa do 2 miesięcy. Co więcej, zgodnie z art. 23b ust. 14 Ustawy o transporcie kolejowym, w razie nie wydania przez Prezesa UTK czas oczekiwania na zezwolenie dopuszczenia do eksploatacji może przedłużyć się o dodatkowe 3 miesiące, co daje razem 5 miesięcy od złożenia wniosku. Jednakże przed rozpoczęciem rozpatrywania wniosku przez Prezesa UTK konieczne jest wykonanie niezbędnych badań oraz certyfikacji przez jednostkę badawczą. Badania pojazdu kolejowego wraz z certyfikacją trwają zwykle kilka miesięcy, czego przykładem jest załączona umowa z dnia 05.09.2011 r. zawarta przez Odwołującego z instytucją badawczą na przeprowadzenia badań autobusu szynowego dwuczłonowego [załącznik nr 3], w której termin przekazania raportu z badań [niezbędnego do przedstawienia Prezesowi UTK] wynosi 2,5 miesiąca. Wypada podkreślić, iż wskazana umowa dotyczyła przeprowadzenia badań przed nowelizacją Ustawy o Transporcie Kolejowym z dnia 28.01.2012 r. Obecnie, wobec wprowadzenia wymogów TSI, procedura badawcza jest znacznie dłuższa niż dwa miesiące. Wedle otrzymanej przez Odwołującego opinii z Instytutu Kolejnictwa, będącej notyfikowaną jednostką do przeprowadzania badań pojazdów kolejowych, cała procedura badawcza obecnie trwa około 3 miesięcy. Dodatkowo po badaniach następuje procedura certyfikacyjna, która dla pojazdów zgodnych z TSI wynosi od 2 do 6 miesięcy [opinia Instytutu Kolejnictwa]. Zatem zakładając nawet, że certyfikacja nastąpi tak szybko jak to możliwe tj. w terminie 2 miesięcy, komplet dokumentacji [badania i certyfikacja] niezbędnych celem przedstawienia Prezesowi UTK wyniesie 5 miesięcy, który ma 2 miesiące na wydanie odpowiedniego zezwolenia. Tym samym, w razie konieczności uzyskania przez producenta zezwolenia na dopuszczenia do eksploatacji czas efektywnej dostawy pojazdu wydłuży się

o minimum o czas niezbędny na dokonanie badań i uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji, tj. minimum 5 miesięcy [co może się przedłużyć nawet do 12 miesięcy] Należy również podkreślić, iż uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji na autobus jednoszynowy dla producenta, który nie dostarczał wcześniej tego typu pojazdu i nie dysponuje świadectwem, konieczne jest zaprojektowanie pojazdu tj. stworzenie pełnej dokumentacji konstrukcyjnej. Biorąc pod uwagę zaawansowanie technologiczne, tego rodzaju procedura trwa około 3 miesięcy. Zatem do samej procedury badawczej należy jeszcze doliczyć czas niezbędny na zaprojektowanie nowego pojazdu[3 miesiące].

- **ograniczenie uczciwej konkurencji:** jedynym podmiotem dysponującym świadectwem typu na jednoczłonowy autobus szynowy jest PESA/MM. Wobec dysponowania świadectwem na dopuszczenie do eksploatacji PESA/MMnie jest zmuszona projektować pojazd od nowa i przeprowadzać procedury badawczej na obecnie obowiązujących zasadach. Natomiast każdy inny wykonawca, który złoży ofertę w niniejszym postępowaniu [w szczególności Odwołujący] będzie zmuszony do zaprojektowania pojazdu i przeprowadzenia procedury badawczej i uzyskania zezwolenia na nowych zasadach, co jak wykazano wyżej potrwa od 5 do 12 miesięcy. Zestawiając owe fakty z terminem przewidzianym przez Zamawiającego, Zamawiający poprzez określenie terminów dostaw na 5 i 6 miesięcy uniemożliwił innym podmiotom złożenie oferty w niniejszym postępowaniu i wykonanie zamówienia w terminie. Działanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi ograniczenie konkurencji, ponieważ wymagany termin dostawy pojazdów jednoczłonowych wskazuje na jednego wykonawcę tj. PESA/MM. Wymagane w SIWZ terminy dostaw pojazdów jednoczłonowych w ciągu 5 i 6 miesięcy po podpisaniu umowy w sposób ewidentny wskazują celowe ograniczenie grona wykonawców mogących złożyć skuteczną ofertę w przedmiotowym postępowaniu do firmy PESA/MM, co prowadzi do naruszenia art. 7 ustawy, jawnie preferując jednego wykonawcę i dyskryminując inne podmioty zdolne do wykonania przedmiotu zamówienia, którym ze względu na krótkie terminy dostaw pierwszych pojazdów Zamawiający uniemożliwia udział w przedmiotowym postępowaniu. Na tej podstawie, Odwołujący podnosi, iż zapisy SIWZ w obecnym brzmieniu jawnie eliminują konkurencyjność postępowania prowadząc do drastycznego jej ograniczenia.

- **efektywny termin dostawy pojazdu jednoczłonowego:** Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany terminów na takie, które umożliwiają wykonanie zamówienia w terminie nie tylko PESA ale także innym wykonawcom oferującym autobusy szynowe. Terminem obiektywnie możliwym dla dostawy dwóch autobusów jednoczłonowych, który zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji, jest 12 miesięcy od zawarcia umowy. Biorąc bowiem pod uwagę, iż Zamawiający wymaga dostarczenia z pojazdem zezwolenia (lub świadectwa) dopuszczenia do eksploatacji, który to obowiązek wynika również z Ustawy|

o transporcie kolejowym, Zamawiający w wymaganym efektywnym czasie dostawy powinien uwzględnić czas niezbędny na zaprojektowanie pojazdu oraz przeprowadzenie badań i uzyskanie zezwolenia na eksploatację. Jak wykazano wyżej, procedura badań i uzyskiwania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla nowego autobusu szynowego jednoczłonowego trwa od 5 do 12 miesięcy. Procedurę uzyskiwania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji musi uprzedzić produkcja samego pojazdu. Na czas produkcji pojazdu składa się głównie zamówienie niezbędnych komponentów oraz dokonanie montażu. Żaden z producentów taboru kolejowego nie wytwarza sam kluczowych komponentów takich jak układ hamulcowy czy układ napędowy, które są nabywane od podmiotów zewnętrznych. Zatem wykonawca w razie podpisania umowy na wykonanie zamówienia publicznego jest zmuszony zamówić komponenty i oczekiwać na ich dostawę. Odwołujący przedłożył oferty producentów układu hamulcowego oraz układu napędowego (tzw. PowerPack) w celu wykazania czasu niezbędnego na dostawę kluczowych części składowych pojazdu. Zgodnie z ofertą producenta silnika MTU z dnia 24 lutego 2012 r., najwcześniejszy termin dostawy silnika EURO Stagelll B może nastąpić we wrześniu, tj. 8 miesięcy od momentu zamówienia. Co więcej, jak wynika z maila z dnia 18 stycznia 2012 r. od przedstawiciela MTU obecne terminy dostaw układu napędowego z każdym dniem ulegają dalszemu wydłużeniu, i wynoszą obecnie 11 miesięcy od złożenia zamówienia. Odwołujący wyjaśnia przy tym, iż tak długie terminy dostaw spowodowane są wprowadzeniem z dniem 1 stycznia 2012 r. zaostrzonych norm emisji spalin EURO Stagelll B [spełnienia tych wymogów wymaga również Zamawiający w treści SIWZ], które wymuszają zastosowania zaawansowanych technologii nieużywanych uprzednio oraz dużym obciążeniem producentów z tym związanym. Również terminy dostaw innych głównych elementów pojazdu wynoszą kilka miesięcy od złożenia zamówienia. Przykładowo można wskazać na układ hamulcowy, którego producent Knorr-Bremse oferuje dostawę w terminie 6 miesięcy od złożenia zamówienia. Terminy dostaw komponentów pojazdu, w szczególności układu napędowego spełniającego normę emisji spalin EURO Stage III B, sprawiają iż nawet przy zachowaniu najwyższej staranności i optymalizacji procesu zaopatrzenia czas niezbędny na produkcję pojazdu wynosi 12 miesięcy. Szczególnie istotny w tym zakresie jest oferowany przez producenta termin dostawy układu napędowego, który obecnie wynosi 11 miesięcy. Zatem nawet zakładając, iż wszystkie inne komponenty i montaż zostanie dokonany wcześniej, to zakończenie montażu pojazdu nastąpi po dostawie układu napędowego. Ponadto należy wskazać, iż sama dostawę komponentów musi uprzedzić zaprojektowanie pojazdu, którego czas wynosi około 3 miesięcy, a po dostawie układu napędowego konieczny jest montaż podzespołów, który przy tym stopniu zaawansowania technologicznego wynosi ponad 2 miesiące, co sprawia, iż cały proces produkcji [nie wliczająca badań i certyfikacji] może przedłużyć się nawet do 16 miesięcy. Nawet gdyby przyjąć, iż

Wykonawca ryzykując poniesienie ogromnych strat zamówi przed rozstrzygnięciem postępowania odpowiednie komponenty, i w chwili podpisania umowy dysponował będzie wszystkimi komponentami, w tym układem napędowym spełniającą normę EURO Stage III B [co jest scenariuszem skrajnie nieprawdopodobnym] to i tak efektywny czas dostawy wyniesie minimum 12 miesięcy, na który składają się od 5 do 12 miesięcy na badania i uzyskanie zezwolenia, 3 miesiące na zaprojektowanie pojazdu oraz 2,5 miesiąca na montaż. Wypada jednak podkreślić, iż Zamawiający nie ma prawa wymagać od Wykonawcy aby ten ponosił nakłady na wykonanie zamówienia przed jego udzieleniem. Albowiem z istoty umowy dostawy pojazdów, będąca de facto umową o dzieło w świetle Kodeksu Cywilnego, wynika obowiązek rozpoczęcia realizacji dopiero w chwili podpisania umowy. Jak wykazano wyżej, termin efektywnej dostawy dwóch jednoczłonowych autobusów szynowych wynosi minimum 12 miesięcy, na co składa się około miesięcy na dostawę wszystkich komponentów, około 2,5 miesięcy na montaż oraz minimum 5 miesiące na przeprowadzenie procedury badawczej i uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji [co może przedłużyć się nawet do 12 miesięcy]. Wypada zauważyć, iż termin 12 miesięcy na dostawę pojazdu i tak będzie bardzo trudny do zachowania ze względu na konieczność zaprojektowania pojazdu, co może przy pojazdach kolejowych około 3 miesięcy. Jednakże, w przeciwieństwie do terminu obecnego [5 i 6 miesięcy] takowy termin zapewnia uczciwą konkurencję dla wszystkich wykonawców oferujących na rynku autobusy szynowe, ponieważ umożliwia złożenie oferty wykonanie zamówienia także innym wykonawcom niż PESA/MM. Odwołujący wyjaśnia przy tym, iż nie zgłasza zarzutów wobec terminów dostaw pojazdów dwuczłonowych [8 i 9 miesięcy od podpisania umowy] ponieważ dotychczas na rynku polskim kilka podmiotów [w tym Odwołujący] dostarczało pojazdy dwuczłonowe i w związku z tym posiada projekty pojazdów i świadectwa typu na takie pojazdy, co nie implikuje konieczności przeprowadzania procedury badawczej wedle znowelizowanych zasad. Natomiast niniejsze odwołanie zostało wniesione, gdyż przewidziany przez Zamawiającego termin dostawy dwóch pojazdów jednoczłonowych ogranicza krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy - PESA/MM, co narusza zasady uczciwej konkurencji.

- na potwierdzenie stawianych tez, Odwołujący załączył zestawienie dostaw silnikowych pojazdów szynowych na polskim rynku; ogłoszenie o udzieleniu Zamówienia przez Koleje Mazowieckie K. Sp. z o.o., artykuł z serwisu rynek kolejowy; umowę z Instytucją badawczą z dnia 05.09.2011 5; opinię z Instytutu Kolejnictwa; e-mail z dnia 18.01.2013 od producenta układu napędowego w sprawie terminów dostaw; oferty MTU na silnik EURO Stage III B.; ofertę Knorr-Bremse na układ hamulcowy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, argumentując, iż odwołujący nie wykazał, by na rynku nie istnieli inni wykonawcy mogący wykonać przedmiotowe zamówienie; a opisywana w odwołaniu procedura uzyskania zezwolenia na dopuszczenie pojazdu do eksploatacji dotyczy wszystkich wykonawców. Zamawiający zauważył, iż sam Odwołujący w odwołaniu podał, że procedura uzyskiwania zezwolenia została w przepisach określona na maksymalnie dwa miesiące, a także, że Odwołujący powołał się na wcześniejszą dostawę dla Województwa Pomorskiego na sześć pojazdów, których wcześniej nie produkował, z czego dwa miały być dostarczone w ciągu niewiele ponad miesiąca a kolejne cztery w ciągu sześciu miesięcy, co ma dowodzić, że dostawa w takim terminie jest realna. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2012 r. w sprawie KIO 853/12 oddalający odwołanie, a dotyczący dostawy jednoczłonowych autobusów szynowych, w sprawie w której Odwołujący domagał się wydłużenia terminu dostawy z pięciu na dziesięć miesięcy. Zamawiający podał, iż ustalony termin dostawy pojazdów jednoczłonowych jest determinowany jego potrzebą – wynika z konieczności wprowadzenia do eksploatacji tych pojazdów w połowie roku w miejsce pojazdów starego typu, które nie spełniają standardów wygody pasażerów i niezawodności eksploatacji.

Do postępowania odwoławczego przystąpił, po stronie Zamawiającego wykonawca Pesa SA, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której nastąpiło zgłoszenie przystąpienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

I. W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1

ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący przesłanki materialnoprawne, o których mowa w powołanym przepisie wykazał wskazując, iż jest producentem taboru szynowego, przy czym w ramach swej działalności produkuje również autobusy szynowe i posiada możliwość wyprodukowania i dostarczenia pojazdów będących przedmiotem zamówienia; spełnia opisany w SIWZ wymóg doświadczenia oraz inne warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, ubiegając się o uzyskanie zamówienia, jednakże postanowienia SIWZ uniemożliwiają mu złożenie oferty i wykonanie zamówienia w terminie, a gdyby nie doszło do naruszającego konkurencję działania Zamawiającego, polegającego na naruszeniu przez niego przepisów ustawy mógłby ubiegać się udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta mogłaby zostać wybrana.

Podkreślenia wymaga, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Za powyższą oceną przemawiają następujące okoliczności:

Po pierwsze, Odwołujący stawiane zarzuty opiera o treść ogólnej zasady wyrażonej w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie odnosząc argumentacji do brzmienia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, który zawiera zasadniczą regulację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia.

Po drugie, należy przyznać Zamawiającemu uprawnienie do takiego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, które będzie czynić zadość jego uzasadnionym potrzebom. Celem postępowania jest bowiem nabycie przez zamawiającego określonych rzeczy lub usług, nie zaś sprzedaż przez wykonawców posiadanego asortymentu. Zgodnie z art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych służą zatem realizacji zasad dokonywania wydatków (dokonywania nabycia rzeczy i praw) przez jednostki obowiązane do jej stosowania.

Powyższe uprawnienie zamawiającego ograniczone jest zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasad tych nie można jednak postrzegać w ten sposób, że dogodnie dla wykonawców warunki wykonania zamówienia, jego zakres mogą przysłonić uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Celem postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem nabycie przez zamawiającego odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom przedmiotu, a nie umożliwienie sprzedaży posiadanego asortymentu przez wykonawców. Nie sposób kwestionować wymagań przez zamawiającego odpowiedniego terminu dostawy, jeśli ma to istotne znaczenie dla wykonywania jego działalności. W związku z tymi zamierzeniami zamawiającego, planowanego przez zamawiającego przeznaczenia zamawianego przedmiotu, zamawiający ma prawo postawić szczegółowe oczekiwania, w tym te związane z terminem dostawy.

W analizowanej sprawie, Zamawiający wykazał potrzebę dokonania zakupu pojazdów jednoczłonowych oraz relatywnie szybkiej ich dostawy. Zamawiający zaprezentował

w sposób przekonujący motywy przyświecające ustaleniu takiego terminu dostawy, to jest konieczność wykonywania przewozu na liniach niezelektryfikowanych o relatywnie niewielkim obciążeniu [w tym linia Tomaszów Mazowiecki – Opoczno], do czego zobowiązuje Go porozumienie z Województwem Łódzkim. Na powyższą okoliczność Zamawiający przedstawił dodatkowo projekty porozumień z Województwem Łódzkim dotyczące przewozu osób oraz notatki ze spotkań w sprawie zawarcia umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu. Zamawiający przedstawił również dane, obrazujące awaryjność dotychczas użytkowanych pojazdów, w tym dowody ponoszenia kosztów z tytułu organizacji transportu zastępczego [złożone na rozprawie: wykaz awarii pojazdów na linii Tomaszów Mazowiecki – Opoczno z okresu grudnia 2012 r., liczący 127 epizodów awarii; zestawienie badań uproszczonych przeprowadzonych w okresie 12-18 grudnia 2012 r. na tej trasie, zestaw faktur z tytułu organizacji transportu zastępczego na odcinku Tomaszów Mazowiecki – Opoczno, Szadkowice – Tomaszów, Tomaszów – Jeleń]. Powyższe przekonuje o tym, że ustalony termin dostawy dwóch pojazdów jednoczłonowych [rzeczywiście krótszy, aniżeli pozostałych pojazdów, dwuczłonowych] nie wynika z arbitralnej decyzji, ani woli dyskryminacyjnego działania, ale jest podyktowany zamiarem jak najszybszej realizacji zadania za pomocą nowych, bezawaryjnych pojazdów.

Odwołujący natomiast nie wykazał, by opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie [dotyczącym terminu dostawy dwóch pojazdów jednoczłonowych] był nakierowany na utrudnienie uczciwej konkurencji. Dostrzeżenia przy

tym wymaga, że w analizowanej sprawie Odwołujący wykazał jedynie, odnosząc to do indywidualnej sytuacji, że realizacja zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego wobec nie posiadania podjętej lub odpowiednio zaawansowanej procedury w celu uzyskania odpowiednich zezwoleń i certyfikatów, jest nadmiernie utrudniona. Odwołujący nie wykazał przy tym, że nie można uzyskać kwestionowanych dokumentów na podstawie badań przeprowadzanych w innych uprawnionych instytucjach na terenie Polski i nie tylko Polski w krótszym okresie, w tym, że nie jest możliwe wcześniejsze zgłoszenie pojazdu do badań, przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Takie wcześniejsze zaprojektowanie wagonu i zgłoszenie go do badań przez uprawnione instytucje może wiązać się z ryzykiem wytwórcy, że mimo uzyskania dokumentów dopuszczających pojazd, wytwórca nie uzyska zamówienia. Jednak zamawiający nie może odpowiadać za strategię działania wykonawcy, a zwłaszcza nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci zakazu ustanowienia terminów wykonania zamówienia odpowiadających Zamawiającemu i z tego powodu spotykać się z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Należy przy tym pamiętać, że postulat dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji, o czym stanowi art. 29 ust. 2 ustawy obejmuje nie tylko wykonawców działających na rynku krajowym, co do którego Odwołujący zidentyfikował jedynie dwóch wykonawców [przystępującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy oraz powiązany z nim podmiot Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego SA w Poznaniu], którzy w Jego ocenie mogą wykonać zamówienie w zakresie dostawy pojazdów jednoczłonowych w terminie określonym w postępowaniu, ale do ogółu wykonawców działających w danym segmencie rynku, co obejmuje nie tylko podmioty krajowe, ale również zagraniczne. Nie sposób przy tym z góry przesądzać, że żaden z zagranicznych podmiotów nie będzie zainteresowany uczestnictwem w postępowaniu.

Reasumując, Odwołujący stawiany zarzut zrelatywizował wyłącznie własnej sytuacji, wskazując na niemożność sprostania terminom dostaw określonym przez Zamawiającego dla dwóch pojazdów jednoczłonowych. Odwołujący nie wykazał natomiast, by tak ukształtowany termin dostawy nosił cechy obiektywnie utrudniających bądź uniemożliwiających ubieganie się o zamówienie innym wykonawcom, potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu.

Powyższe czyniło postawiony zarzut a także dopełniającego żądanie wydłużenia terminu dostawy dwóch pojazdów jednoczłonowych do dwunastu miesięcy od podpisania umowy - niepotwierdzonymi.

Odwołujący nie stawia przy tym postulatu podzielenia zamówienia w kwestionowanym zakresie [dwa pojazdy jednoczłonowe] na części, tak, by mógł ubiegać się o zamówienie na

pozostałe pojazdy, co do których gotów jest uczynić zadość oczekiwaniom Zamawiającego w zakresie terminu dostawy. W sprawie mamy natomiast do czynienia z rynkiem niedoskonale konkurencyjnym, jakim jest rynek pojazdów szynowych. Charakterystyczne dla tego rynku cechy oligopolu; uboga strona podaży będąca odpowiedzią na relatywnie małe zapotrzebowanie; wysokie koszty produkcji pojazdów szynowych oraz złożona procedura uzyskiwania stosownych zezwoleń powodują, że z natury wykonawców wyrażających zainteresowanie postępowaniem na tego rodzaju przedmiot będzie niewielu. Kwestia konkurencji jest kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie. W tym wypadku niewątpliwym jest bowiem fakt, że w praktyce przedmiotem zamówień są jednostkowe, niewielkie ilości przedmiotów, liczone zwykle w kilku sztukach w jednym zamówieniu [potwierdzają to choćby złożone przez Odwołującego ogłoszenia o zamówieniu na pojazdy szynowe, w których przedmiot zamówienia opiewał przykładowo na dwa pojazdy]. W takich warunkach szczególnie pożądanym jest zapewnienie jak największej konkurencji, uwzględniającej specyfikę tak wąskiego rynku, gdzie spektrum wykonawców jest niewielkie. W analizowanej sprawie przedmiot zamówienia obejmuje dwa rodzaje pojazdów szynowych o – co do czego strony były zgodne – różniących je cechach: dwa jednoczłonowe – z terminem dostawy pięć i sześć miesięcy od zawarcia umowy, oraz cztery dwuczłonowe z terminem dostawy ustalonym na osiem i dziewięć miesięcy od zawarcia umowy. Powyższe, w konkretnych okolicznościach rzutuje zatem na postrzeganie reguł uczciwej konkurencji.

Reasumując, okoliczności przedmiotowej sprawy, rozpatrywane w granicach postawionego zarzutu [art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] determinowały uznanie, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu [art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych]. W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie bez znaczenia pozostaje także treść żądania odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji – one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz – stanowiące ich odzwierciedlenie – żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem sformułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego

ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim wypadku żądania sformułowane przez Odwołującego należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi. W analizowanej sprawie zarówno zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy, jak i żądanie zmiany pkt II. 1.5) ppkt 2.1. Ogłoszenia o zamówieniu, § 5 ust. 1 pkt 1 i 2 SIWZ oraz § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ, poprzez ustalenie terminu dostawy pierwszego oraz drugiego autobusu szynowego jednoczłonowego na dwanaście miesięcy od podpisania umowy, nie znalazły potwierdzenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) 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: