

Sygn. akt: KIO 774/13

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3,**

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 S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NEWAG S.A., 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 Kielcach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 774/13

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] przez Województwo Świętokrzyskie [Zamawiający]. Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa fabrycznie nowych trójczłonowych pojazdów szynowych z napędem elektrycznym (EZT), przeznaczonych do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich w ruchu wojewódzkim i międzywojewódzkim na terenie Województw: Świętokrzyskiego, Małopolskiego, Śląskiego i Podkarpackiego wraz z przeprowadzeniem szkoleń osób wskazanych przez Zamawiającego oraz ze świadczeniem usług serwisowych, utrzymaniowych i naprawczych.” Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy Newag S.A. z Nowego Sącza [wykonawca NEWAG] warunek ustalony w pkt 78 załącznika nr 6 do specyfikacji - wymóg zabudowania na dachu pojazdu falownika z chłodzeniem cieczowym] - narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem prowadzi do ograniczenia konkurencyjności postępowania, dyskryminacji niektórych podmiotów oraz preferencji innych z uwagi na wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego bez umożliwienia zabudowy rozwiązań równoważnych. Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu alternatywnie zmianę tego punktu i dopuszczenie możliwości zabudowania falownika chłodzonego cieczą lub powietrzem, na zewnątrz lub wewnątrz pojazdu albo dopuszczenie rozwiązań równoważnych funkcjonalnie do wskazanych w pkt 78 załącznika nr 6 do specyfikacji. W uzasadnieniu zarzutów wykonawca stwierdził, że jedynym producentem, który jest w stanie spełnić wymóg określony w pkt 78 załącznika nr 6 do specyfikacji jest firma PESA Bydgoszcz S.A. (PESA) z pojazdem 21 WE. Taki stan rzeczy prowadzi do bezpośredniego ograniczenia, a w zasadzie wyłączenia konkurencji, poprzez wskazanie na konkretnego wykonawcę. Odwołujący podkreślił, że zważywszy na relatywnie krótki termin dostawy pojazdów w przedmiotowym postępowaniu oraz brak w ofertach firm zagranicznych (Alstom, Bombardier, Stadler) pojazdów wyposażonych w falowniki chłodzone cieczą zabudowane na dachu, rynek potencjalnych wykonawców zawęży się do polskich producentów. Dostawa pojazdu z wymaganym zezwoleniem na eksploatację w przypadku podmiotów zagranicznych ze względu na wydłużony do 6 miesięcy proces jego homologacji oraz konieczność posiadania rozwiniętych struktur organizacyjnych wymaganych do obsługi utrzymaniowo-serwisowej w czterech lokalizacjach stanowi dodatkowe niemożliwe do pokonania bariery udziału w przedmiotowym postępowaniu tych podmiotów. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że wymóg zabudowy falownika na dachu stoi w sprzeczności z koniecznością wykonania jego naprawy lub wymiany podzespołów w ciągu 15 minut, ze względu na fakt, iż proces wymiany

wymaga dłuższego czasu przygotowania pojazdu do wymiany podzespołów w falowniku przy konieczności odłączenia zasilania trakcyjnego. Równocześnie Odwołujący podał, że dysponuje rozwiązaniem w pełni równoważnym funkcjonalnie opartym o system chłodzenia powietrzem falownika zabudowanego w sposób modułowy we wnętrzu pojazdu nieredukującego liczby wymaganych miejsc siedzących w pojeździe. Podkreślił, że rozwiązanie posiadane spełnia wszystkie wymagane przepisami i normami parametry podstawowe (skuteczność chłodzenia) oraz nie prowadzi do przekroczenia maksymalnego poziomu hałasu w pojeździe dopuszczonego specyfikacjami TSI Noise i innymi normami. Stwierdził również, że rozwiązania krajowych producentów pozwalają na chłodzenie falowników o mocy do 1MW. Zabudowa w pojeździe Odwołującego układu chłodzenia falownika tak jak opisano w specyfikacji - wymaga gruntownych zmian konstrukcyjnych, przeprowadzenia analiz MES nowej konstrukcji członu czołowego z uwzględnieniem wymagań odporności zderzeniowej, przeprojektowania układów zasilania falownika, zaprojektowania nowego układu chłodzenia falownika nieoferowanego przez polskich producentów. Zamawiający wymagając przedmiotowego systemu chłodzenia falownika wskazał jednoznacznie na pojazd 21 WE PESA, który wyposażony jest w jeden falownik chłodzony cieczą zabudowany na dachu pojazdu. Rozwiązanie to nie gwarantuje odpowiednio wysokiej niezawodności przy braku redundantności falowników. Jedynie PESA S.A. posiada na dzień ogłoszenia wydane przez Urząd Transportu Kolejowego świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, które eliminuje przy wymogu dotyczącym układu chłodzenia falownika cieczą konieczność wykonania jakichkolwiek modyfikacji konstrukcji pojazdu oraz konieczność przeprowadzenia badań homologacyjnych równocześnie preferując rozwiązanie tego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że podnoszone wobec pkt 78 załącznika nr 6 do siwz [dotyczący wymogu zabudowania na dachu pojazdu falownika z chłodzeniem cieczowym] zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp [ograniczenia konkurencyjności postępowania, dyskryminacji niektórych podmiotów oraz preferencji innych przez wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego bez umożliwienia zabudowy rozwiązań równoważnych] są niezasadne z następujących powodów:

1. od 2004 r. praktycznie nie stosuje się w pojazdach elektrycznych falowników chłodzonych powietrzem, chyba, że jest to spowodowane wyraźnym wskazaniem przez zamawiających takich rozwiązań.
2. falowniki chłodzone powietrzem są przestarzałe i nieekonomiczne) konstrukcji i były stosowane od lat 60 ubiegłego stulecia.
3. w chwili obecnej na rynku Unii Europejskiej falowniki chłodzone cieczą produkowane są m. in. przez następujące podmioty; ABB, Voith, Skoda, Ingeteam, Siemens. Każdy w

- producentów posiada w ofertach falowniki do zabudowy na dachu pojazdu, w jego wnętrzu, pod spodem pojazdu, co potwierdzają materiały informacyjne producentów,
4. elektryczne zespoły trakcyjne z zainstalowanymi falownikami chłodzonymi cieczą produkowane są przez: Alstom - pojazd Coradia, Siemens - pojazd Desiro, Bombardier - pojazd Talent II, Pesa-pojazd ELF oraz Stadler - pojazd Flirt.
 5. jako jedyny w kraju posiada wszystkie elektryczne pojazdy z umiejscowionymi na dachu falownikami w 2 rozwiązaniach (chłodzonych powietrzem i cieczą). Pojazdy EZT z chłodzeniem ciekowym są uznawane za najcichsze wśród wszystkich EZT,
 6. na bazie dotychczasowych własnych doświadczeń w zakładanych kosztach życia EZT planuje i dąży do ujednoczenia większości urządzeń w EZT, co przyczyni się do zmniejszenia kosztów ich eksploatacji i zoptymalizowania występowania niemożliwych do serwisowania wielu różnych rozwiązań w każdym z posiadanych pojazdów. Zmniejszy się tym samym zapewnienie wielu różnych części do podobnych składów.
 7. negatywnie ocenia funkcjonowanie falowników zainstalowanych w środku pojazdu ze względu na uciążliwy hałas. Podobne odczucia formułowane są także przez podróżnych.

Podał również, że najważniejszymi zaletami falownika na dachu chłodzonego cieczą są m. In.: (1) akustyczny komfort jazdy dla podróżnych i pracy obsługi pojazdu, Cichsze rozwiązania w zakresie szumu wydzielanego przez samo urządzenie, jak również elementów jego chłodzenia w przypadku cieczy, z uwagi na brak wentylatorów obecnych w przypadku chłodzenia powietrzem; (2) niska awaryjność i bezobsługowość urządzenia, co przekłada się na niższe koszty eksploatacji pojazdu; (3) eliminacja urządzeń z przedziału pasażerskiego, co przekłada się na zwiększenie komfortu dla podróżnych i daje możliwość zabudowy w to miejsce dodatkowych 4 do 8 siedzeń; (4) eliminacje oddziaływania fal elektromagnetycznych na podróżnych i obsługę; (5) bezpieczeństwo - w zakresie usunięcia z przedziałów pasażerskich i obsługi urządzeń elektrycznych urządzeń pracujących w wysokich napięciach (3 KV); (6) dodatkowe bezpośrednie chłodzenie urządzenia przez powietrze w trakcie jazdy oraz (7) niskie koszty eksploatacji EZT w przeciwieństwie do falowników chłodzonych powietrzem z uwagi na wysoką awaryjność tych ostatnich. Na koszty składają się takie czynności jak: ściąganie ze szlaku uszkodzonych EZT, kary nakładane na Operatora za niezrealizowanie rozkładu jazdy, długość napraw i czas oczekiwania na niezadawalający serwis, każdorazowy obowiązek kosztownych reorganizacji przewozów realizowanych w PKP PLK, obowiązek zastępowania składów o niższych nakładach finansowych dużymi i kosztownymi jednostkami EZT do realizacji rozkładu Jazdy pociągów, obowiązek zapewnienia przez operatorów kosztownej i niezasadnej rezerwy taborowej na okoliczność awarii innych jednostek, obowiązek ciągłego monitorowania i zapewnienia sprawności filtrów powietrza do chłodzenia urządzenia.

Zdaniem Zamawiającego, wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby podważyć skuteczne twierdzenie Zamawiających, co do wskazanych przez niego korzyści i zalet w zakresie zastosowania planowanych rozwiązań, wskazując jednocześnie że spełnia jego produkt wyłącznie normy i dopuszczenia. Odwołujący nie przedstawił żadnej analizy kosztów eksploatacji swojego i alternatywnych rozwiązań, wyników pomiarów pola elektromagnetycznego, wielkości hałasu w każdym rodzaju EZT i przy różnych konfiguracjach umieszczenia falownika, które uzasadniałoby stanowisko Odwołującego. Jego zdaniem również zarzut konieczności naprawy i wymiany podzespołów w 15 minut nie stoi w sprzeczności z innymi wymaganiami stawianymi Wykonawcom. Zamawiający określił precyzyjnie, że „naprawa falownika i wymianę uszkodzonego modułu w czasie n/e dłuższym niż 15 minut”, co oznacza czas na dokonania samej czynności wymiany, a nie przygotowania pojazdu do takiej czynności. Stwierdził, również, że zarzut niemożliwości świadczenia usług serwisowych przez podmioty z zagranicy jest bezzasadny z uwagi chociażby na fakt, że jeden z europejskich producentów posiada w Polsce montownię swoich pojazdów, eksploatuje i serwisuje kilkanaście swoich pojazdów, oraz w innym postępowaniu buduje duże centrum serwisowe. Podał, że tym postępowaniu Zamawiający określił, że serwisu może dokonywać nie tylko i wyłącznie producent, ale inne podmioty posiadające odpowiednie certyfikaty lub uprawnienia producenta do dokonywania takich czynności. Serwis ten nie musi być także prowadzony na terenie każdego Zamawiającego. W konkluzji powołując się na orzecznictwo stwierdził, że nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji. Dalej podał, że zamawiający nie ma obowiązku opisać przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby zapewnić możliwość realizacji przez wszystkie podmioty występujące w danej branży na rynku i tym samym (...) Okoliczność, że dostawa określonego urządzenia stanowi trudność czy jest nawet niemożliwa dla odwołującego nie stanowi podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca PESA wnosząc o oddalenie tego odwołania i wskazując na dotychczas prowadzone przetargi stwierdził w szczególności, że nie jest jedynym producentem wymaganego pojazdu. Podał również, że procedura homologacji nie musi trwać 6 miesięcy, a wymiana lub naprawa podzespołu w ciągu 15 minut jest możliwa. W konkluzji stwierdził, że wymagany falownik chłodzony cieczą jest rozwiązaniem optymalnym.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, a rozpoznając zarzuty, Izba miała na uwadze przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, którego strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Przedmiotem niniejszego odwołania jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, oparty na twierdzeniu wykonawcy, że wymaganie zawarte w pkt 78 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dotyczące zabudowania na dachu pojazdu falownika tylko z chłodzeniem cieczowym - ogranicza konkurencyjność postępowania, dyskryminuje niektóre podmioty oraz preferuje innych wykonawców, wskazując na konkretne rozwiązania technicznego - bez umożliwienia (...) zabudowy rozwiązań równoważnych". Równocześnie wykonawca żąda zmiany tego warunku i alternatywne dopuszczenie, możliwości zabudowania falownika chłodzonego cieczą lub powietrzem, na zewnątrz lub wewnątrz pojazdu albo rozwiązań równoważnych funkcjonalnie do wskazanych w pkt 78 załącznika nr 6 do specyfikacji. Zdaniem Izby tak sformułowany zarzut oraz żądanie, de facto wskazuje na żądanie dopuszczenia ofert wariantowych, a uwzględniając argumentację z odwołania to żądanie z kolei oparte jest na twierdzeniu niemożliwości świadczenia tego zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że na gruncie ustawy Pzp nie jest możliwe zastępowanie zamawiającego w uprawnieniach do określenia jego potrzeb. Zatem domaganie się złożenia ewentualnie oferty wariantowej, jak w tym przypadku, musi być obiektywnie wykazane, chociażby uprawdopodobniając niemożliwość świadczenia przedmiotu zamówienia według wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rozważając niemożliwość świadczenia przedmiotu zamówienia Izba stwierdza, że na gruncie przepisu art. 387 kc, świadczenie niemożliwe, to takie świadczenie, które jest nie wykonalne i taka niemożliwość świadczenia, musi mieć charakter obiektywny, pierwotny oraz trwały. W okolicznościach niniejszej sprawy nie można stwierdzić, że takie okoliczności zachodzą, albowiem wykonawca w odwołaniu wprost stwierdza, że taka zabudowa w

pojeździe Odwołującego jest możliwa, lecz to (...) wymaga gruntownych zmian konstrukcyjnych, przeprowadzenia analiz MES nowej konstrukcji członu czołowego z uwzględnieniem wymagań odporności zderzeniowej, przeprojektowania układów zasilania falownika, zaprojektowania nowego układu chłodzenia falownika nieoferowanego przez polskich producentów". Druga okoliczność podniesiona w odwołaniu, dotycząca terminu dostawy, który – zdaniem wykonawcy - uniemożliwia uzyskanie stosownych świadectw, również nie podlega uwzględnieniu przez Izbę. W tym przypadku, wykonawca wskazując na tą okoliczność nie wnosi jednocześnie o zmianę terminu dostawy tj. jego wydłużenie. Także wskazywana przez wykonawcę konieczność posiadania rozwiniętych struktur organizacyjnych wymaganych do obsługi utrzymaniowo-serwisowej w czterech lokalizacjach nie stanowi, zdaniem Izby, niemożliwej do pokonania przez wykonawców bariery udziału w przedmiotowym postępowaniu. Tak jak podał Zamawiający, specyfikacja nie wymaga, aby serwis był wykonywany wyłącznie przez producenta i na terenie każdego z odbiorców pojazdów. Tym samym serwis może być wykonywany przez inny podmiot, posiadający odpowiedni certyfikat lub uprawnienie producenta do dokonywania takich czynności. Ten warunek zatem może być spełniony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [np. przez konsorcjum, w którego skład wszedłby producent oraz taki podmiot], bądź na zasadzie podwykonawstwa. Również zdaniem Izby, zarzut związany z koniecznością naprawy i wymiany podzespołów w 15 minut nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że kwestionowany czas naprawy i wymiany [naprawa falownika i wymiana uszkodzonego modułu w czasie n/e dłuższym niż 15 minut], dotyczy samej wymiany, a nie przygotowania pojazdu do takiej czynności..

W konkluzji Izba podziela pogląd Zamawiającego, że nie ma on obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby zapewnić możliwość realizacji przez wszystkie podmioty występujące w danej branży na rynku, a okoliczność, że dostawa określonego urządzenia stanowi trudność dla Odwołującego nie stanowi podstawy do uznania, że Zamawiający w tym postępowaniu naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba stwierdza jednocześnie, że kwestionowane wymaganie może wpływać na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenia przedmiotowego zamówienia, jednakże powyższe nie przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby sporne wymaganie może być kwalifikowana, jako zgodne z interesem Zamawiającego, związanym z udzieleniem zamówienia na warunkach odpowiadających jego polityce gospodarczej, a to z kolei może ograniczać ze względów obiektywnych zasadę konkurencyjności, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Tak jak słusznie zauważył Zamawiający i co jest podkreślane w orzecznictwie każde

uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, czy postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia konkurencji. W konsekwencji może to obiektywnie powodować, że nie wszyscy wykonawcy, w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że obiektywne ustalenie nawet wysokich wymagań, jednakże pozostających w związku z samym zamówieniem i celem, jaki przez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający, nie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust.2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie Izba orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o przepisy 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: