Sygn. akt: KIO 36/20

WYROK

z dnia 22 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2020 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna**z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11,
85-082 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego –**Szybka Kolej Miejska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie**,** Aleje Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa,

orzeka:

1.Umarza postępowanie w zakresie zarzutów numer: V,VI,VII,VII odwołania;

2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 36/20

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

Szybka Kolej Miejska sp. z o. o. w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 – dalej „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa dwudziestu jeden sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych wraz z 7-letnim okresem ich utrzymania, nr postępowania: OZP-351-15/19. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 24 grudnia 2019 r., numer 2019/S 248-616550 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") została opublikowana w dniu 26 grudnia 2019 r.

W dniu w dniu 7 stycznia 2020 r. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym układu hamulcowego w Załączniku nr 2 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, w sposób, który wskazuje na konieczność zastosowania rozwiązania, oferowanego tylko przez tylko jeden podmiot,

2)art. 29 ust. 1 Pzp ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym układu hamulcowego, w Załączniku nr 2 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny,

3)art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na produkt konkretnego producenta,

4)art. 29 ust 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ pkt E ppkt 6: Układ sterowania i kontroli w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, co uniemożliwia złożenie porównywalnych ofert.

5)art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ Rozdział A pkt 1.6 oraz pkt I.7 w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny,

6)art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ Rozdział A pkt 1.10 w sposób niejednoznaczny i nie-precyzyjny oraz utrudniający uczciwą konkurencję,

7)art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr

2 do SIWZ Rozdział A pkt II.7, tj. w sposób nieprecyzyjny oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji poprzez to, że przenosi całe ryzyko związane z realizacją zamówienia na Wykonawcę,

8)art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ Rozdział N.1 w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

9)art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ Rozdział E. Układ Elektryczny, pkt 5. Przetwornice napięć, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców,

10)art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ Rozdział L. Rozplanowanie wnętrza i wyposażenie przedziału pasażerskiego pkt 8. Drzwi pasażerskie lit. i), w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz niezapewniający równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:

I.uwzględnienie w całości odwołania

II.nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Załącznika nr 2 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia:

a)Rozdział I. Układ Hamulcowy i nadanie mu brzmienia:

„Pneumatyczne urządzenia wchodzące w skład systemu hamulca muszą być zabudowane na tzw. tablicach pneumatycznych, co ma na celu ułatwienie i obniżenie kosztów eksploatacji i serwisowania tych urządzeń. Tarcze hamulcowe wykonane z żeliwa."

b)Rozdział E. Układ elektryczny, ppkt 6 Układ sterowania i kontroli i nadanie mu brzmienia:

„Mikroprocesorowy z samokontrolą, zgodny z normą PN-EN 50155:2018."

c)Rozdział A pkt I.7, Rozdziału M oraz pozostałych postanowień SIWZ poprzez usunięcie wymogu dostarczenia pojazdów zgodnych z TSI TAP oraz TSI Energia,

d)Rozdział A pkt 1.10 poprzez wskazanie sposobu dopuszczenia do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI przy uwzględnieniu, że Zamawiający jest uprawniony do niestosowania restrykcji wynikających z TSI PRM, opisanych w Rozdziale A pkt 1.10 Załącznika nr 2 do SIWZ, a w przypadku gdyby nie było takiego sposobu - usunięcie wymogu zabudowania w pojeździe urządzeń niezgodnych z TSI PRM,

e)Rozdział A pkt II.7 i nadanie mu brzmienia:

„Konstrukcja i parametry Pojazdów muszą spełniać aktualne na dzień złożenia oferty wymagania TSI, PN-EN i kart UIC oraz wymogi w zakresie niezbędnym do uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI. W zagadnieniach otwartych w specyfikacjach TSI obowiązują rozwiązania zaproponowane przez Wykonawcę i zaakceptowane przez Zamawiającego lub regulacje, które spełniają wymagania zasadnicze zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady UE, Rozporządzeniu Komisji Europejskiej oraz Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Budownictwa o interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie."

f)Rozdział N. Inne wymagania, pkt 1 poprzez usunięcie zdania: „Jeżeli w toku eksploatacji pojazdów dostarczonych w wyniku niniejszego postępowania, w wyniku zmian regulacji prawnych, pojawią się w Dokumentacji Systemu utrzymania nowe wymagania dotyczące kontroli pokładowych urządzeń ETCS poziomu 2, Wykonawca będzie zobowiązany do rozbudowania urządzenia zainstalowanego na bocznicy".

g)Rozdział E. Układ elektryczny pkt 5. Przetwornice napięć, poprzez nadanie mu brzmienia:

„Statyczne, oparte na technologii półprzewodnikowej IGBT lub SIC. Minimum dwie przetwornice na pojazd z zachowaniem redundantności układu, chłodzenie powietrzem lub cieczą. Dopuszcza się umiejscowienie przetwornic na dachu pojazdów."

h)Rozdział L. Rozplanowanie wnętrza lit. i) wyposażenie przedziału pasażerskiego pkt 8. Drzwi pasażerskie poprzez nadanie mu brzmienia: „Napęd drzwi wykonany na śrubie oraz z przekładnią ślimakową lub na pasku klinowym."

Pismem z dnia 20 stycznia 2020 r., złożonym przed posiedzeniem Izby w dniu 21 stycznia 2020 r. Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w postaci papierowe i przekazanym Odwołującemu na posiedzeniu, Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 5, 6, 7 i 8 odwołania (według oznaczenia numeracji odwołania oznaczone nr V,VI,VII,VIII).

Z tych względów odwołanie w zakresie tych zarzutów podlegało umorzeniu.

Zamawiający jednocześnie wniósł o oddalenie pozostałych zarzutów odwołania, podnosząc w piśmie ich niezasadność i załączając do pisma dowody na potwierdzenie swojego stanowiska. Odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów. W związku z tym, stosownie do art. 186 ust. 4a ustawy Pzp odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie pozostałych zarzutów.

Izba dopuściła dowody w postaci dokumentacji postępowania, przedłożonej przez Zamawiającego na nośniku CD oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego i Zamawiającego. Omówienie dowodów zawiera dalsza część uzasadnienia.

Po zapoznaniu się m.in. z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż jest przedsiębiorcą działającym na rynku produkcji pojazdów szynowych i chciałby przedstawić Zamawiającemu konkurencyjną ofertę, a w konsekwencji dążyć do uzyskania zamówienia, zatem ma interes w złożeniu odwołania.

Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy wskazane w zarzutach, co powoduje, że Odwołujący nie może ubiegać się na równi z innymi wykonawcami o udzielenie zamówienia. Tym samym Odwołujący został narażony na szkodę, polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania. Odwołanie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ. W związku z tym, skoro Odwołujący wykazuje zainteresowanie w złożeniu oferty w postępowaniu i w konsekwencji uzyskaniu zamówienia oraz korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w jego wyniku, należy uznać, iż posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu ww. przepisu.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu. Zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Z uwagi na treść zarzutów odwołania, które, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznaczają granice jego rozpoznania przez skład orzekający Izby, oraz stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie przed przystąpieniem do omawiania poszczególnych zarzutów odwołania, rozstrzygnięcia wymaga, czy zakwestionowane przez niego wymogi SOPZ są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, czy jedynie ograniczają konkurencję. Według Odwołującego postawione przez niego zarzuty wskazują bowiem na ograniczenie konkurencji w postępowaniu, natomiast według Zamawiającego sporne wymogi opisane w SOPZ są uzasadnione jego potrzebami i nie ograniczają konkurencji.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w sytuacji, gdy odwołanie dotyczy postanowień SIWZ, ocena zarzutu, podniesionego w ramach tego środka ochrony prawnej, dokonywana jest z uwzględnieniem postawionych w odwołaniu żądań, co do jego nowej treści. Odwołujący precyzując swoje żądania wskazuje, bowiem jakie rozstrzygniecie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które, w jego ocenie, są zgodne z przepisami ustawy Pzp. Ciężar dowodu swoich twierdzeń, spoczywa na stronie, która wywodzi z nich skutki prawne. Stosownie do art. 190 ust. 1 Pzp strony są obowiązane do przedkładania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne do zamknięcia rozprawy.

Stosownie do art. 7 ustawy Pzp *1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.1a. Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.* Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp*1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Powyższe przepisy wskazują, iż Zamawiający nie ma pełnej swobody formułowania swoich wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia. Wymagania te muszą być bowiem przedstawione w sposób wskazany w ww. przepisie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nadto, zwłaszcza, jeżeli miałyby mieć wpływ na ewentualne ograniczenie konkurencji w postępowaniu, muszą być uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Powyższe potwierdza utrwalone orzecznictwo Izby i sądów powszechnych, z którego wynika, że w ściśle określonych sytuacjach, Zamawiający, nie narusza ww. przepisów, nawet jeśli opisze przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na jednego producenta przedmiotu zamówienia, co jednak w analizowanym postępowaniu nie zostało wykazane. Przykładowo należy wskazać: *Zakaz opisany w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego przedmiotów nie odpowiadających jego potrzebom zarówno co do jakości, funkcjonalności jak i warunków bezpieczeństwa. Przepis ten nakazuje dopuścić konkurencję między dostawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia*. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09; LEX nr 1714132);*W orzecznictwie sądowym prezentowany jest bowiem pogląd, w świetle którego określenie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na stronie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne* (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 lipca 2016 r., sygn. akt I A Ca 15/16).

Przechodząc od tych rozważań na grunt postawionych w odwołaniu zarzutów, należy na wstępie wskazać, iż w ocenie Izby Odwołujący nie sprostał ciążącemu na nim, obowiązkowi wykazania, iż wymagania postawione przez Zamawiającego naruszają wskazane w odwołaniu przepisy ustawy. Natomiast Zamawiający sprostał ciążącemu na nim, obowiązkowi wykazania, iż zakwestionowane wymogi nie są obliczone na ograniczenie konkurencji w postępowaniu, lecz, że są uzasadnione jego potrzebami.

Zamawiający przedstawił argumentację wskazującą na to, iż opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają istotne znaczenie, z punktu widzenie celów stawianych pojazdom szynowym kupowanym w ramach postępowania, oraz w sposób wiarygodny, logiczny i spójny przedstawił uzasadnienie dla postawionych wymagań, a także przedstawił dowody na brak ograniczenia konkurencji na skutek ich postawienia.

W ocenie Izby nie można odmówić Zamawiającemu prawa do tego, aby, mając na uwadze potrzebę zapewnienia transportu publicznego, wymagał odpowiedniej jakości i niezawodności dostarczonych pojazdów, co, jak wynika z przeprowadzonych przez niego analiz posiadanego taboru, przekłada się na mniejszą ich awaryjność i mniejsze koszty ich utrzymania. Tym bardziej, że stosownie do postanowień SIWZ, po upływie 7 lat obciążają one Zamawiającego, zaś jak wyjaśnił na rozprawie, przewidziany okres użytkowania pojazdów to 25-30 lat. Zważywszy na cel zakupu

przedmiotowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych (dalej: „EZT"), zostało wykazane, iż opis przedmiotu zamówienia, dokonany przez Zamawiającego, był uzasadniony jego potrzebami. Zamawiający wykazał, że postawione wymogi wynikają z woli uniknięcia zwiększonej awaryjności oraz ponoszenia zwiększonych kosztów z tym związanych, a także, zważywszy na specyfikę jego działania, woli zmniejszenia ryzyka wyłączenia pojazdów z wykorzystywania zgodnie z ich przeznaczeniem.

Nadto zostało wykazane, że, wbrew zarzutom odwołania, postanowienia SPOZ są jasne, wyraźnie wskazują jakie są oczekiwania Zamawiającego, a jakich rozwiązań Zamawiający nie akceptuje. Postawione wymogi są obiektywnie możliwe do spełnienia. Jak wynika z twierdzeń Odwołującego sugerowane przez niego zmiany SOPZ ułatwiłyby mu złożenie oferty, jednak nie zostało przez niego wykazane, aby obecne postanowienia, to uniemożliwiały.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, wskazania wymaga w szczególności:

Ad. Zarzuty nr I, II i III, dotyczące układu hamulcowego

Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący kwestionuje wymóg SPOZ, aby tablice pneumatyczne i komponenty na tych tablicach były wykonane przez jednego producenta, podnosząc z jednej strony, że wskazuje to na produkt jednego konkretnego producenta, a jednocześnie stwierdzając, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, a jeśli rozumieć zapis dosłownie to wymóg Zamawiającego jest niemożliwy do zrealizowania, ponieważ obecnie nie występują tacy producenci, którzy by byli producentami wszystkich części układu hamulcowego na tablicy pneumatycznej. Odwołujący oczekuje dokonania zmiany treści Załącznika nr 2 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział I. Układ Hamulcowy i nadania mu brzmienia:

„Pneumatyczne urządzenia wchodzące w skład systemu hamulca muszą być zabudowane na tzw. tablicach pneumatycznych, co ma na celu ułatwienie i obniżenie kosztów eksploatacji i serwisowania tych urządzeń. Tarcze hamulcowe wykonane z żeliwa.", w miejsce wymogu: *„Zgodnie z U1C 540, System sterownia hamulcem powinien mieścić się na modułowych tablicach hamulcowych, łatwych do montażu i demontażu. Ze względu na niższe koszty i łatwość późniejszego serwisu tablic hamulcowych, zarówno tablice pneumatyczne jak i wszystkie komponenty (nie dotyczy orurowania, zbiorników powietrza i węży elastycznych) na tych tablicach oraz poza nimi, a także system sterowania hamulcem (nie dotyczy materiałów eksploatacyjnych), muszą być wykonane przez jednego producenta, co skutkować będzie całkowitą odpowiedzialnością za niezawodność i pracę układu hamulcowego. Tarcze hamulcowe wykonane z żeliwa".*

Jak wynika ze stanowiska Odwołującego w tym zakresie, w jego ocenie problem polega na tym, iż producenci pojazdów szynowych mogą pozyskać takie rozwiązanie tylko od jednego producenta układów hamulcowych. Natomiast, jak stwierdził na rozprawie, Odwołujący jest również producentem tablic pneumatycznych, zaś pozostałe części, które są na niej montowane pochodzą od innego dostawcy, przy czym producentami tych części są różne podmioty. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, bez uzasadnienia merytorycznego czy funkcjonalnego, uniemożliwił zastosowanie w pojazdach, oferowanych przez niego rozwiązań, przez co ograniczył uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zauważenia wymaga, iż jak wynika z informacji Zamawiającego, przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, w 2017 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Dostawa 13 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych wraz z 15-sto letnim okresem ich utrzymania oraz pakietem szkoleń", gdzie w pkt I (strona 12 SOPZ) Zamawiający również wymagał, aby w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca dostarczył EZT z układem hamulcowym pochodzącym od jednego producenta, Odwołujący złożył ofertę, która została wybrana przez Zamawiającego i zawarł z Zamawiającym umowę. Potwierdzają to dowody złożone przez Zamawiającego jako załączniki do odpowiedzi na odwołanie w postaci: SOPZ do postępowania GOZ-351-7/17, gdzie na str. 12, w części I znajduje się analogiczny wymóg, jak obecnie kwestionowany przez Odwołującego; oferta wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.; umowa numer GOZ-352-7/17 z 21 maja 2018 roku.

Zgodzić się należy zatem z Zamawiającym, że Odwołujący dysponuje EZT posiadającym właściwości wymagane przez Zamawiającego i jest w stanie dostarczyć pojazdy spełniające kwestionowany przez niego wymóg SOPZ, co oznacza, że wymóg zaoferowania układu hamulcowego pochodzącego od jednego producenta jest możliwy do spełnienia także przez Odwołującego i nie wpływa on negatywnie na jego konkurencyjność w postępowaniu. Wskazuje to także, iż nie potwierdza się także zarzut nierównego traktowania wykonawców oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby podnoszona na rozprawie przez Odwołującego okoliczność, iż rola tablic pneumatycznych nie jest istotna, i żądanie, aby tablice pneumatyczne mogły być produkowane przez innego producenta, w świetle złożonych w sprawie dowodów oraz argumentacji Zamawiającego wskazuje, nie tyle na naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, ile na wolę wprowadzenia w SIWZ rozwiązań, które pozwoliłyby Odwołującemu na zastosowanie własnego produktu, do którego byłyby zamontowane komponenty pozyskane od dostawcy.

Z opinii Instytutu Kolejnictwa z dnia 9 października 2018 r., złożonej na rozprawie przez Odwołującego wynika, iż tablice hamulcowe produkcji PESA S.A. z urządzeniami firmy Knorr-Bremse mogą być bez ograniczeń stosowane w układach hamulca pojazdów szynowych, jak również, że producentem i dostawcą urządzeń pneumatycznych i elektrycznych użytych do budowy tablic hamulcowych produkcji PESA S.A. jest firma Knorr-Bremse. Jakkolwiek potwierdza ona stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie, że wszystkie urządzenia są zabudowane na tablicach, to jednak nie wynika z niej marginalna rola tych tablic w układzie hamulca pojazdów szynowych. Nadto z opracowania własnego złożonego przez Odwołującego na rozprawie pt. Tablice pneumatyczne w układach hamulcowych nowoczesnych pojazdów szynowych wynika m.in., że: „1.Tablica pneumatyczna to konstrukcja integrująca kilka lub kilkanaście innych pojedynczych urządzeń pneumatycznych w ramach tej konstrukcji. Integracja w ramach tej konstrukcji zapewnia: punkty montażowe dla pojedynczych urządzeń, połączenia pneumatyczne pomiędzy pojedynczymi urządzeniami, połączenia elektryczne". Również ze złożonej przez Odwołującego na rozprawie Dokumentacji Systemu Utrzymania Hamulec i układ pneumatyczny (dalej: „DSU") nie wynika brak jej znaczenia dla tego układu. W szczególności nie można zgodzić się z Odwołującym, że przesądza o tym pkt 9.1.3 DSU (str. 30), gdzie występuje wskazanie na to, iż na poziomach P4 i P5 następuje sprawdzanie ogólnej szczelności tablicy, a jako wymaganie wskazane jest: „*Brak zauważalnych wycieków powietrza przy załączonych wszystkich systemach hamulca i pneumatyki."*

Jak wskazał na rozprawie Zamawiający nie tylko bowiem na stronie 30 są wymienione elementy i czynności podejmowane w ramach poszczególnych przeglądów. Ponadto z jego doświadczenia wynika, że pociągi Odwołującego po przeglądach P3 i P4 nie były odbierane z uwagi na wadę systemu hamulcowego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Zamawiający podniósł również, iż wbrew stanowisku Odwołującego tablica pneumatyczna ma znaczenie w procesie hamowania, bowiem odpowiada za to, co się dzieje na styku dwóch układów w procesie hamowania, tj. układu elektrodynamicznego i pneumatycznego, a gdy źle funkcjonuje, występuje złe sterowanie układem, co powoduje awaryjność i zużycie części eksploatacyjnych. Wiąże się to z wysokimi kosztami, oznacza bowiem znacznie wyższe koszty eksploatacji, jeśli producentem tablicy pneumatycznej będzie inny podmiot, niż producent pozostałych elementów układu hamowania. Wynika to z doświadczenia Zamawiającego i z przeprowadzonej przez niego analizy eksploatacji obydwu rodzajów pojazdów, które posiada w swoim taborze tj. takich, których tablica pneumatyczna pochodzi od producenta pozostałych elementów układu hamowania, jak również takich, których tablica pochodzi od innego producenta, niż pozostałe elementy układu. Na dowód tych twierdzeń Zamawiający złożył wykaz kosztów związanych z utrzymaniem tarcz hamulcowych w pociągach PESY za okres 2019 r. (wybrane zapisy na koncie) wskazujące na koszty, jakie wiązały się z wymianą i przetoczeniem tercz hamulcowych oraz wskazał na zestawienie załączone do odpowiedzi na odwołanie, jako załącznik nr 9, w którym podał, iż w czasie przygotowania SOPZ przeanalizował koszty związane z usunięciem usterek w EZT o różnych systemach hamowania, oraz że w podobnym okresie używania EZT poniósł odpowiednio koszty:

1)EZT 19WE rok produkcji 2010 - układ hamulcowy pochodzący od jednego producenta oraz EZT 35WE rok produkcji 2012/2013 - układ hamulcowy pochodzący od jednego producenta - koszty związane z wymianą i toczeniem tarcz hamulcowych dla wszystkich 13 pojazdów - 200 000.00 złotych (słownie złotych: dwieście tysięcy);

2)EZT 27WE rok produkcji 2011 - układ hamulcowy niepochodzący od jednego producenta-koszty związane z wymianą i toczeniem tarcz hamulcowych dla wszystkich 13 pojazdów -21 179 600.00 złotych (słownie złotych: dwadzieścia jeden milionów sto siedemdziesiąt dziewięć tysięcy sześćset, 00/100).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł również, iż po analizie doświadczeń związanych z eksploatacją posiadanych EZT, doszedł do przekonania, że pojazdy z układem hamulcowym pochodzącym od jednego producenta są bezpieczniejsze w używaniu, mniej awaryjne. Układ hamulcowy jest jednym z najważniejszych systemów, jakie są instalowane w EZT, to od ich niezawodności zależy bezpieczeństwo podróżujących pociągami Zamawiającego pasażerów, zauważając, iż w każdym miesiącu kalendarzowym pociągami Zamawiającego tylko na trasie Otwock - Pruszków podróżuje ok. miliona osób. Zamawiający w swojej wieloletniej praktyce przewoźnika, testując różne rozwiązania techniczne stosowane przez producentów pociągów, doszedł do przekonania, że EZT, w których zamontowany jest układ hamulcowy wykonany przez jednego producenta są bezpieczniejsze, mniej awaryjne, a koszty napraw i serwisów są znacząco niższe, a jednocześnie systemy pochodzące od jednego podmiotu są układami sprawdzonymi pod względem prawidłowości funkcjonowania oraz kosztów eksploatacji, serwisu i zużycia. Zamawiający podczas eksploatacji EZT typu ELF dostarczonych przez Odwołującego, które posiadały układ hamulcowy niepochodzący od jednego producenta, doświadczył tego, że układ ten cechował się znacząco większą awaryjnością, w szczególności niedohamowania w peronach, częstszą wymianą tarcz hamulcowych, tj. po ok 400 tys. Kilometrów, podczas gdy wymóg postanowiony w niniejszym postępowaniu to nie mniej niż 800 tys. km. Zamawiający zmuszony był także do wielokrotnego powtarzania jazd próbnych po przeglądach poziomów P3 i P4, ze względu na wadliwe działanie układu hamulcowego. Wady układu hamulcowego dostarczonego przez różnych producentów utrudniały eksploatację EZT, wyłączając z użycia na czas naprawy te EZT. Tego rodzaju zdarzenia powodują nie tylko utrudnienia w eksploatacji pojazdów, generują dodatkowe znaczne koszty, ale mają też wymierne skutki społeczne i wizerunkowe. Celem Zamawiającego i jego uzasadnioną potrzebą jest nabycie pojazdów o takiej konstrukcji, która w możliwie najszerszym zakresie pozwoli wypełniać Zamawiającemu jego cele, tj. zapewnienie usług przewozowych na poziomie w pełni satysfakcjonującym podróżnych korzystających z usług SKM w Warszawie.

Zamawiający zauważył m.in. również, że jako przedsiębiorca realizujący usługi przewozów pasażerskich na terenie m.st. Warszawy oraz miast ościennych potrzebuje niezawodnego taboru, który przez kilkanaście najbliższych lat będzie działał bezawaryjnie, co pozwoli na świadczenie usług na rzecz mieszkańców. Rozwiązanie oferowane przez Odwołującego, mając na uwadze dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego, nie zrealizuje tego celu ze względu na dużą awaryjność tarcz hamulcowych. Zamawiający, jako dysponent środków publicznych zobowiązany jest udzielić zamówienia publicznego w sposób zapewniający optymalny dobór środków i metod, w tym w szczególności musi brać pod uwagę koszty przyszłej eksploatacji. W związku z tym, jeśli po wstępnej analizie kosztów doszedł do przekonania, że rozwiązanie oferowane przez Odwołującego może spowodować około 100-krotnie większe koszty eksploatacyjne, nie mógł zgodzić się na przyjęcie takiego rozwiązania. Jakkolwiek zgadza się z zasadą, że opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji, jednak nie może w każdym przypadku bezrefleksyjnie przyjmować to co oferuje mu Odwołujący, lecz musi mieć na względzie swoje uzasadnione potrzeby. Ustawa Pzp nie definiuje, co prawda pojęcia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, jednak to pojęcie zostało ukształtowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Za wyrokiem z 18 kwietnia 2019 roku, Zamawiający wskazał; „Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 23 stycznia 2009 r.). Potwierdza to również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, licznie przytoczone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jak również np. stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie: Prawdą jest również, że zamawiający ma prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę. Zamawiający może bowiem żądać i oczekiwać do wykonawców rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych, jednakże jest tak wyłącznie wówczas, gdy jest to uzasadnione jego rzeczywista potrzebą, (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r. sygn. akt II Ca 19/16; UZP Zamówienia publiczne w orzecznictwie; Zeszyty Orzecznicze; Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, zeszyt nr 26). Tym bardziej zatem nie występuje naruszenie ww. przepisu gdy, tak jak to mam miejsce w okolicznościach analizowanej sprawy, jest większa liczba potencjalnych wykonawców" (wyrok KIO z 26 lutego 2019 roku, sygnatura akt KIO 256/19).

Zamawiający wskazał również, że na rynku kolejowym istnieje wielu producentów układów hamulcowych, w szczególności DAKO CZ a.s., Wabtec Corporation, Knorr - Bremse Polska, którzy w ramach swoich usług oferują wykonanie systemów hamulcowych w całości w zakresie określonym w SOPZ. W związku z czym twierdzenie Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje tylko na jeden podmiot jest nieprawdą. Na dowód swoich

twierdzeń w tym zakresie Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie 3 wydruki ze stron internetowych ww. podmiotów wraz z tłumaczeniem na język polski (dowody nr 10-12). Na rozprawie Zamawiający wskazał ponadto, iż w obecnym postępowaniu wymaga tarcz żeliwnych, które, jak stwierdził na rozprawie Odwołujący, są mniej wytrzymałe niż tarcze staliwne, które występowały w pojazdach poddanych analizie. W przypadku niejednolitego systemu hamowania musiałby się zatem liczyć z jeszcze wyższymi kosztami, niż wykazane w ww. dowodach.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby Zamawiający poprzez ww. wymóg naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo oczekiwać, aby układ hamulcowy, z uwagi na jego rolę i koszty jego awaryjności, był sprawny, sprawdzony przez producenta, jako całość, skoro to wpływa na jego zdecydowanie mniejszą zawodność. Tym bardziej, jeśli nie pozbawia to możliwości udziału w postępowaniu innych wykonawców działających na rynku w zakresie dostaw EZT, w tym Odwołującego.

Ad. Zarzut nr IV dotyczący układu sterowania i kontroli

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu w tym zakresie naruszenie art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ pkt E ppkt 6 Układ sterowania i kontroli w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, co jego zdaniem uniemożliwia złożenie porównywalnych ofert, żądając dokonania zmiany treści SPOZ, Rozdział E. Układ elektryczny, ppkt 6 i nadanie mu brzmienia: „Mikroprocesorowy z samokontrolą, zgodny z normą PN-EN 50155:2018.", co wskazuje na wolę pozostawienia pierwszego jego zdania, zaś wykreślenie z tego punktu zdania: „*Układ sterowania wraz z urządzeniami wykonany musi być przez jednego producenta".*

Odwołujący w odwołaniu zarzuca brak precyzji i jednoznaczności opisu, z uwagi na to, że kwestionowany wymóg został umiejscowiony w rozdziale dotyczącym Układu elektrycznego, w odrębnym punkcie i nie jest powiązany z żadnym konkretnym układem elektrycznym, a jednocześnie Odwołujący, podobnie jak w odniesieniu do pierwszej grupy zarzutów zmierza do wyeliminowania wymogu, aby układ sterowania wraz z urządzeniami wykonany był przez jednego producenta. Na rozprawie Odwołujący stwierdził, iż analizowany wymóg jest niejasny i niemożliwy do wypełnienia, ponieważ nie ma producenta, który mógłby dostarczyć układ elektryczny dla każdego z systemów wbudowanych w pojazd. Tymczasem każdy z systemów wbudowany w pojazd ma odrębny układ elektryczny, natomiast wymóg SIWZ, w którym nie ma wskazania, że chodzi o układ elektryczny dla jednego z konkretnych systemów można doczytywać, że odnosi się do wszystkich systemów, co jest niemożliwe do zrealizowania.

W ocenie Izby zarzut ten nie znajduje potwierdzenia. Z SPOZ, a także żądania postawionego przez Odwołującego wyraźnie bowiem wynika, że wymóg odnosi się do systemu sterowania, a nie do wszystkich systemów. Nadto, jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w tym zakresie nie było pytań ze strony wykonawców, co wskazuje, iż wymogi w tym zakresie są jasno postawione przez Zamawiającego. Na 8 wykonawców tylko Odwołujący zgłosił zastrzeżenia w analizowanym odwołaniu w tym przedmiocie.

Niezależnie od powyższego, zauważenia wymaga, iż stosownie do stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, układ sterowania i kontroli stanowi „mózg" EZT, bowiem odpowiada za prawidłowość oraz bezpieczeństwo jazdy EZT. Od prawidłowości funkcjonowania tego układu uzależnione jest to czy EZT prawidłowo zareaguje na komendy maszynisty, w szczególności czy ruszy z peronu lub czy zdąży zahamować we właściwym momencie. Jeden błąd w działaniu tego systemu może doprowadzić do katastrowy kolejowej. Ma zatem prawo oczekiwać, aby układ sterowania i kontroli był sprawdzony w laboratorium producenta, z uwagi na to, iż po 7 latach ciężar napraw spoczywa na Zamawiającym. Mając na uwadze względy bezpieczeństwa Zamawiający podjął decyzję, że system sterowania i kontroli musi być wyprodukowany przez jeden podmiot, co daje rękojmię należytego współdziałania wszystkich elementów składających się na system sterowania i jest obarczone mniejszym ryzykiem braku współdziałania poszczególnych komponentów. System wykonany przez jeden podmiot jest mniej awaryjny, a co za tym idzie tańszy w eksploatacji. Zamawiający powołał się w tym zakresie argumentację prawną, wraz z stanowiskiem judykatury, którą zaprezentował w odniesieniu do pierwszej grupy zarzutów.

Na rozprawie Zamawiający wskazał ponadto, iż jeden producent układu sterowania wraz z urządzeniami oznacza także większe bezpieczeństwo pociągu i pasażerów. Poszczególne jego elementy są bowiem sprawdzone w działaniu przez tego producenta, natomiast, jeśli jest więcej producentów to każdy odpowiada za swój element, co oznacza, że nikt nie będzie wiedział, jak wspólnie działają. Jest to sytuacja porównywalna do tej, o której mowa odnośnie zarzutów od I do III.

Ad. Zarzut nr IX dotyczący układu chłodzenia

Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ Rozdział E. Układ Elektryczny, pkt 5. Przetwornice napięć, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, z którym związane jest żądanie dokonania zmiany treści tego punktu poprzez dopuszczenie chłodzenia cieczą tj. nadanie mu brzmienia: *„Statyczne, oparte na technologii półprzewodnikowej IGBT lub SIC. Minimum dwie przetwornice na pojazd z zachowaniem redundantności układu, chłodzenie powietrzem lub cieczą. Dopuszcza się umiejscowienie przetwornic na dachu pojazdów."* w miejsce: *„Statyczne, oparte na technologii półprzewodnikowej IGBT lub SIC. Minimum dwie przetwornice na pojazd z zachowaniem redundantności układu, chłodzenie powietrzem. Dopuszcza się umiejscowienie przetwornic na dachu pojazdów".*

Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający bez żadnego uzasadnienia wykluczył możliwość zastosowania chłodzenia cieczą, pomimo, iż jest to rozwiązanie pozwalające na spełnienie tych samych funkcjonalności. Tym samym, jego zdaniem nastąpiło, nieuprawnione ograniczenie konkurencji, bowiem preferowane rozwiązanie stosuje wyłącznie jeden podmiot na rynku właściwym.

Na rozprawie Odwołujący złożył opracowanie własne zatytułowane: Chłodzenie przekształtników trakcyjnych i przetwornic nowoczesnych pojazdów szynowych i podał, iż występujący na rynku producenci tacy jak PESA czy STADLER stosują różne rozwiązania w zakresie przetwornic napięć, zaś chłodzenie powietrzem, czego wymaga Zamawiający, jest jednym z rozwiązań. Występuje również chłodzenie cieczą, które jest stosowane przez część producentów. W ocenie Odwołującego są to rozwiązania równoważne i obydwa powinny być dopuszczone przez Zamawiającego, brak jest, bowiem w jego ocenie argumentacji przemawiającej za tym żeby ograniczać się tylko do systemu chłodzenia powietrzem, tym bardziej, że na rynku, system chłodzenia powietrzem stosuje tylko jeden producent pojazdów firma NEWAG, natomiast firma PESA i STADLER stosują chłodzenie cieczą. Dopuszczenie przez

Zamawiającego stosowania chłodzenia cieczą pozwoli na wzięcie w udziału w postępowaniu zarówno Odwołującemu jak i firmie STADLER.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że analizowany wymóg nie ogranicza konkurencji, ponieważ system chłodzenia powietrzem jest systemem powszechnie dostępnym na rynku. Większość wykonawców oferujących systemy chłodzenia, dysponuje jednocześnie systemem chłodzenia cieczą i powietrzem. Zamawiający dla przykładu oferowania systemu chłodzenia powietrzem i cieczą wskazał na TOSHIBA, INGETEAM, S.A., CAF Power Automation, na potwierdzenie swojego stanowiska załączając 3 wydruki ze stron internetowych tych podmiotów wraz z tłumaczeniem na język polski (dowody 13-15). Ponadto Zamawiający podał, iż podjął decyzję o wyborze systemu chłodzenia powietrzem ze względu na mniejszą awaryjność oraz łatwiejszą i mniej kosztowną eksploatację pociągu. Przed sporządzeniem opisu przedmiotu zamówienia szczegółowo przeanalizował koszty związane z utrzymaniem obu układów chłodzenia - układu chłodzenia cieczą i układu chłodzenia powietrzem. W wyniku tej analizy doszedł do przekonania, że koszty eksploatacji systemu chłodzenia cieczą są znacząco wyższe. W czasie eksploatacji systemu chłodzenia cieczą Zamawiający zmuszony jest do ponoszenia kosztów serwisu, wymiany materiałów eksploatacyjnych w tym uszczelek, a także wywozu czynników chłodniczych, które stanowią odpad niebezpieczny. W czasie serwisów systemu chłodniczego, Zamawiający nie mógłby korzystać z EZT, co stanowi dla niego dodatkowy koszt. Ponadto system chłodzenia cieczą jest systemem bardziej zawodnym. System chłodzenia powietrzem jest systemem prostszym w budowie, eksploatacji oraz serwisowaniu, a co za tym idzie jest systemem bardziej niezawodnym. Dlatego też podjął decyzję o jego użyciu w EZT będących przedmiotem obecnego zamówienia.

Na rozprawie Odwołujący podał, że system chłodzenia powietrzem nie jest mniej złożony niż system chłodzenia cieczą, nie jest, zatem tańszy, co jego zdaniem potwierdza treść ofert, jakie uzyskał od dostawców, których ceny są porównywalne, które to ceny, jego zdaniem, mogą być wyznacznikiem późniejszych kosztów ich serwisowania. Odwołujący nie przedstawił dowodów na tę okoliczność, jak również nie przedstawił przekonującej kontrargumentacji w odniesieniu do pozostałych twierdzeń Zamawiającego, przedstawionych na uzasadnienie wyboru systemu chłodzenia powietrzem.

W ocenie Izby ww. zarzuty nie potwierdziły się. Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający posiada uzasadnienie dla wprowadzenia wymogu chłodzenia powietrzem, które to rozwiązanie stosowane jest przez różne podmioty. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby ograniczało ono konkurencję w postępowaniu, w tym aby podmiot, który dotychczas w swoich pojazdach stosował wyłącznie chłodzenie cieczą, nie mógł zastosować chłodzenia powietrzem. Tym bardziej, że inne podmioty stosują obydwa systemy chłodzenia. Jak pokazuje zestawienie sporządzone przez Odwołującego, złożone na rozprawie jako dowód nr 7, także wskazywany przez niego wykonawca Newag jest podmiotem, który stosuje obydwa systemy chłodzenia.

Ad. Zarzut nr X dotyczący napędu drzwi

Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ Rozdział L. Rozplanowanie wnętrza i wyposażenie przedziału pasażerskiego pkt 8. Drzwi pasażerskie lit. i), w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz niezapewniający równego traktowania wykonawców, z którym związane jest żądanie ww. pkt poprzez nadanie mu brzmienia: *„Napęd drzwi wykonany na śrubie oraz z przekładnią ślimakową lub na pasku klinowym."* w miejsce: *„Napęd drzwi wykonany na śrubie oraz z przekładnią ślimakową, nie dopuszcza się rozwiązania z zastosowaniem napędu drzew na pasku klinowym".*

Zdaniem Odwołującego rozwiązanie z zastosowaniem paska klinowego na takim samym poziomie realizuje cele, jak rozwiązanie na śrubie. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący złożył na rozprawie opracowanie własne zatytułowane „Napęd drzwi pasażerskich nowoczesnych pojazdów szynowych" i podał, że napęd w postaci przekładni ślimakowej nie jest jedynym stosowanym na rynku, możliwy jest bowiem także napęd drzwi na pasku klinowym, który również jest często stosowany. Takie drzwi spełniają wszystkie swoje funkcje, w tym cechy dotyczące szczelności, odporności na zamarzanie, wymogi TSI. Takie drzwi przy odpowiednim utrzymaniu mogą mieć trwałość ok. 30 lat. Brak jest w związku z tym uzasadnienia dla wykluczenia takiego rozwiązania z postępowania. Odwołujący podał także, że obok niego takie rozwiązania stosuje także firma Newag, oraz, że utrzymanie takiego wymogu podobnie jak w odniesieniu do zarzutu IX utrudnia udział Odwołującego w postępowaniu, ponieważ stosuje rozwiązanie na pasku klinowym, które podał, jest równoważne do rozwiązania wskazanego przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż jego stanowisko podyktowane jest tym, że drzwi na pasku klinowym są rozwiązaniem bardziej awaryjnym. Zamawiający jest przewoźnikiem kolejowym działającym na rynku przewozów miejskich, co skutkuje tym, że drzwi EZT są wielokrotnie otwierane podczas jednego dnia i bardzo często dochodzi do sytuacji, że przez wejście pasażera po sygnale dźwiękowym wskazującym na zamknięcie drzwi, pojawia się nagłe szarpnięcie związane z kolizją pasażera z drzwiami, które powoduje uszkodzenie paska klinowego. Takie uszkodzenie w czasie jazdy EZT może spowodować, że maszynista nie będzie mógł zamknąć drzwi, a w konsekwencji będzie zmuszony opróżnić EZT z pasażerów i zjechać do zajezdni w celu usunięcia awarii. W przypadku, gdy Zamawiający dopuściłby możliwość zainstalowania w EZT drzwi na pasku klinowym byłby zmuszony do częstego serwisu drzwi poprzez wymianę pasków klinowych, co wiązałoby się także z częstszymi wyłączeniami pojazdów z użytkowania, a w konsekwencji w sposób bezpośredni przekładało się na jakość usług świadczonych na rzecz mieszkańców. Drzwi zamontowane na śrubie nie są natomiast obarczone w opisanym przypadku niebezpieczeństwem uszkodzenia, co powoduje że nie są obarczone ryzykiem awarii i są lepsze z punktu widzenia charakterystyki prowadzonych przewozów.

Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie Izby utrwalone pozostaje stanowisko, że przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że „zamawiający zmuszony jest nabywać świadczenia, które nie odpowiadają jego uzasadnionym potrzebom. Proces udzielenia zamówienia, zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, nie może bowiem służyć wyłącznie abstrakcyjnemu zapewnieniu uczciwej konkurencji. Proces udzielenia zamówienia musi służyć także temu, aby zamawiający zrealizował swój cel, czyli doprowadził do realizacji zamówienia. Nie chodzi przy tym o to, aby doszło do realizacji zamówienia w jakikolwiek sposób, ale o to, by realizacja tego zamówienia zapewniła osiągnięcie przez zamawiającego jego uzasadnionych potrzeb" (przykładowo: wyrok KIO z dnia 3 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1100/19).

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie ma on obowiązku nabywania rozwiązań, które są

funkcjonalnie gorsze, i które w praktyce będą utrudniać korzystanie z EZT, a także stwarzać dodatkowe niedogodności, czy niebezpieczeństwo dla podróżnych. Tym bardziej, gdy nie ogranicza to konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem kwoty uiszczonego przez Odwołującego wpisu oraz uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy do wysokości wynikającej z ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:……...……..

Członkowie: ……...……..

……...……..