Sygn. akt: KIO 1654/15

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Opolskie, ul. Piastowska 14, 45-082 Opole** przy udziale wykonawcy **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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 Opolu.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1654/15

Uzasadnienie

Województwo Opolskie (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie i dostawę 5 szt. fabrycznie nowych trzyczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych stanowiących zakres zamówienia gwarantowanego oraz zakres zamówienia objęty prawem opcji na kolejne 2 szt. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 lipca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 138-254372.

W dniu 31 lipca 2015 r. wykonawca wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego: określenia kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania, którego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:
- naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, tj. określenie kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
- naruszenie art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania, którego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający posiada ustawowe upoważnienie do określenia kryteriów oceny oferty w prowadzonym przez niego postępowaniu i może on określić ich katalog tak, aby prowadziły do wyboru oferty zaspokajającej jego potrzeby. Stosownie jednak do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, katalog tych kryteriów nie może być dowolny, uznaniowy, ale przede wszystkim określone kryteria nie mogą dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody w arbitralnym wyborze oferty. Najkorzystniejszą ofertą, zgodnie z treścią art. 2 pkt 5) ustawy Pzp jest w szczególności oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Jak zauważył odwołujący, z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika stanowisko,

że zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał uzasadnione potrzeby, pod warunkiem, że dokonany

opis nie narusza konkurencji, ani równego traktowania wykonawców.

W ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu poprzez opis przedmiotu zamówienia oraz określenie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty doszło do takiego naruszenia. Odwołujący wyjaśnił, iż u podstaw takiego twierdzenia leżą wnioski wynikające z technicznego porównania wskazanych przez zamawiającego w kryterium jakości parametrów (p. 13 ad. 4 SIWZ). Zamawiający jako jedno z kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty wskazał sposób podparcia nadwozia za pośrednictwem usprężynowania drugiego stopnia na wózku. Zdaniem odwołującego, pomimo tego, że samo kryterium z formalnego punktu widzenia zostało opisane poprawnie, to zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji przydzielając różne wagi punktowe rozwiązaniom o takim samym walorze technicznym, funkcjonalnym oraz użytecznym. W ocenie odwołującego, różnie punktowane przez zamawiającego rozwiązania posiadają identyczne zalety. Zarówno konstrukcja podparcia czteropunktowego (100 punktów w ocenie ofert), jak i podparcia w mniej niż czterech punktach (40 punktów w ocenie ofert) pozwala na zmniejszenie liczby wózków w pojeździe w odniesieniu do klasycznego rozwiązania pojazdu na osobnych wózkach, zmniejszenie masy całego pojazdu czy istotne zwiększenie bezpieczeństwa. Obydwa rozwiązania są tak samo funkcjonalne, ponieważ zapewniają podparcie pudła podjazdu na wózkach oraz są tak samo bezpieczne. Spełniają też pozostałe wymogi zamawiającego wskazane w SIWZ w zakresie funkcjonalności wózków. Oznacza to, jak zaznaczył odwołujący, że poza tym, że w samym opisie (cztery punkty i mniej niż cztery punkty podparcia) rozwiązania te wydają się różne, to w żaden sposób nie przekłada się to na funkcjonalne, użyteczne, jakościowe oraz inne aspekty i nie przysparza korzyści zamawiającemu.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż jak wynika z doświadczenia, postępowaniami, których przedmiotem jest niewielka liczba pojazdów (poniżej 10 sztuk), nie są zainteresowane podmioty zagraniczne, co oznacza, że w postępowaniu będą brali udział producenci krajowi. Wobec tego, w opinii odwołującego, powyżej opisana konfiguracja kryterium oceny ofert w sposób nieuzasadniony stawia w pozycji uprzywilejowanej tego z producentów pojazdów szynowych funkcjonującego na rynku polskim, który stosuje wyżej punktowane rozwiązanie. Odwołujący stwierdził, iż powszechnie wiadome jest, iż każdy z producentów będzie starał się rozwijać już posiadane w ofercie produkty. Wobec tego, pomimo braku okoliczności obiektywnych, które uzasadniałyby wyższe punktowanie rozwiązania polegającego na czteropunktowym podparciu, zamawiający dopuścił się więc uchybienia oraz naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert, które w sposób nieuzasadniony stawia w pozycji uprzywilejowanej jednego z wykonawców. Odwołujący podkreślił, że co prawda zamawiającemu została

przyznana swoboda w dokonywaniu opisu zamówienia oraz określaniu kryteriów oceny ofert, jednak jest ona ograniczona przepisami ustawy, które nakładają obowiązek zachowania bezstronności oraz umotywowanie tego opisu uzasadnionymi i usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego.

Za istotne odwołujący uznał wskazanie, że przy tak sformułowanych kryteriach oceny ofert oraz wobec tego, że szacunkowa wartość zamówienia jest znana, każdy wykonawca, który posiada produkt, w którym zastosowane jest rozwiązanie niżej punktowane musi kalkulować cenę w taki sposób, aby zamortyzować niedobór powstały w wyniku zastosowania wyżej opisanego kryterium. Aby wyrównać stratę w punktacji wykonawca musi zaproponować cenę około 12% niższą. Ponadto, wprowadzanie przez zamawiającego do SIWZ tak ukrytej a jednocześnie jednoznacznej preferencji może prowadzić do naruszania zasad celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych oraz wyboru oferty z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami ogłoszenia i SIWZ wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia

elektrycznych zespołów trakcyjnych w pełni zgodnych z wymogami Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności oraz przekazania wraz z pierwszym pojazdem certyfikatów WE w celu potwierdzenia ich spełnienia w pełnym zakresie tj.:
a) TSI LOC&PAS, Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1302/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. odnoszącej się do podsystemu „Tabor - lokomotywy i tabor pasażerski" systemu kolei w Unii Europejskiej
b) TSI NOI, Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1304/2014 z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Tabor kolejowy – hałas" zmieniające decyzję 2008/232/WE i uchylające decyzję 2011/229/WE
c) TSI SRT, Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1303/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w zakresie aspektu „Bezpieczeństwo w tunelach" systemu kolei w Unii Europejskiej
d) TSI PRM, Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1300/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznych specyfikacji interoperacyjności odnoszących się do dostępności systemu kolei Unii dla osób niepełnosprawnych i osób o ograniczonej możliwości poruszania się
e) TSI CCS, Decyzja Komisji 2012/88/UE z 25 stycznia 2012 r. w sprawie technicznych specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" transeuropejskiego systemu kolei.
Odwołujący zaznaczył, że zakreślony przez zamawiającego czas na realizację zamówienia

powinien umożliwiać wykonanie wszystkich zobowiązań wykonawcy, tj. uwzględniać nie tylko prace związane z budową pojazdu, ale także stosowne badania i przebieg procedury związanej z uzyskaniem zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI.

Jak wskazał odwołujący, procedura badania zgodności z TSI jest procedurą nową dla Jednostek Notyfikowanych i czas jej przeprowadzenia jest przez nie aktualnie określany na 6 do 8 miesięcy. Mając na uwadze powyższe, wskazaną tendencję do uczestniczenia w tego typu postępowaniach raczej krajowych producentów, odwołujący stwierdził, że wykonanie zamówienia w zakreślonym przez zamawiającego terminie jest obiektywnie niemożliwe.

W ocenie odwołującego, wydłużenie terminów zarówno dostawy pierwszego pojazdu, jak i przekazania certyfikatów WE potwierdzających pełną zgodność z TSI jest uzasadnione, ponieważ do tej pory żaden z krajowych producentów nie dostarczał pojazdu zgodnego z wymogami TSI. Powoduje to konieczność wdrożenia nowego projektu oraz stosownej konfiguracji i innych prac inżynieryjnych. Odwołujący zauważył, że o ile wykonawca nie znał treści przedmiotowej SIWZ, to nie mógł wcześniej prowadzić prac zapewniających mu posiadanie w swojej ofercie pojazdu zgodnego z TSI oraz jednocześnie odpowiadającego opisowi przedmiotu zamówienia, ze względu na jego zindywidualizowany charakter.
Za istotną odwołujący uznał również okoliczność, iż treść poszczególnych Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności, w oparciu o które należy zastosować, wciąż ulegają zmianie. Tak jest na przykład w przypadku CR TSI LOC&PAS, gdzie najnowsza zmiana weszła w życie w styczniu 2015 r. i stosownie do treści Załącznika nr 1 do SIWZ będzie konieczna do zastosowania przez wykonawcę. Ponadto, istotnym jest, w opinii odwołującego, iż zamawiający w treści SIWZ nie przewiduje możliwości skorzystania z przewidzianych w TSI wyłączeń (okresów przejściowych). Zdaniem odwołującego, powyższe potwierdza fakt, że zachodzi obiektywna niemożliwość realizacji dostawy pojazdu zgodnego z TSI oraz przekazania dokumentów potwierdzających tę zgodność w terminach przewidywanych przez zamawiającego dla wszystkich podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż jest podmiotem, który od lat uzyskuje homologację swoich produktów w wielu krajach europejskich, ma zatem wiedzę, która pozwala mu na stwierdzenie, że wskazany czas realizacji zamówienia oraz przekazania dokumentu potwierdzającego zgodność pojazdu z poszczególnymi TSI jest obiektywnie niemożliwy do zachowania dla wszystkich podmiotów, które funkcjonują na rynku i chciałyby wziąć udział w toczącym się postępowaniu, co skutkuje nieważnością postanowień umownych w tym zakresie. Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, uwzględniając podstawowy cel prawa

zamówień publicznych, jakim jest efektywne i gospodarne dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania, wnioskowaną zmianę należy uznać za w pełni uzasadnioną. Odwołujący stwierdził, że zmiana odnośnych postanowień SIWZ pozostaje również w interesie zamawiającego, ponieważ zawarcie umowy w zakresie realizacji zamówienia publicznego z tak określonym terminem realizacji, stosownie do treści art. 387 § 1 k.c. będzie skutkowało jej nieważnością. Odwołujący wyraził przekonanie, że wykonanie zamówienia w takim terminie z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia jest nierealnie i niemożliwe z przyczyn obiektywnych.

Odwołujący zauważył, że stosownie do stanowiska orzecznictwa, obiektywną niemożliwością jest nie tylko faktyczna i prawna niemożność realizacji przedmiotu umowy, ale także sytuacja, gdy wykonanie świadczenia jest wprawdzie możliwe, ale pociągałoby za sobą szczególnie wysokie koszty, nakłady czy starania. Takimi kosztami, jak wskazał odwołujący, dla zamawiającego będą przykładowo ceny ofert, które ze względu na znacznie zwiększone w takim przypadku ryzyko nałożenia kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania modernizacji, będą to ryzyko obejmować. Odwołujący przyjął, iż wprawdzie zamawiający może dowolnie wyznaczyć termin realizacji zamówienia, jednakże wskazał przy tym, że dokonując jego dookreślenia, zamawiający powinien zważyć, by termin był realny i obiektywnie możliwy do dochowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie w całości odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") poprzez:
a) usunięcie kryterium jakości, określonego w p. 13 Ad. 4) SIWZ oraz p. IV.2.1) ogłoszenia o zamówieniu i w konsekwencji odpowiedniego przeniesienia wagi oceny (10%) przypadającej na to kryterium do kryterium ceny,
b) dokonanie zmiany terminu wykonania zamówienia oraz momentu przekazania certyfikatów WE, tj. modyfikację wszystkich punktów SIWZ wskazujących na datę dostawy pierwszej sztuki ezt oraz moment przekazania certyfikatów WE, a w szczególności:

- p. 4 SIWZ ppkt. 1) II etap poprzez nadanie mu brzmienia: II etap - odbiór końcowy 1 szt. ezt w terminie do dnia 30 marca 2017 r.
- § 3 ust. 1 p. 1) Załącznika nr 2 do SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: II etap - odbiór końcowy 1 szt. ezt w terminie do 30 marca 2017 r.

lub

- p. 4 SIWZ ppkt. 1) II etap, poprzez nadanie mu brzmienia: II etap - odbiór końcowy 1 szt. ezt w terminie do dnia 30 czerwca 2016 r.
- § 3 ust. 1 p. 1) Załącznika nr 2 do SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: II etap - odbiór końcowy 1 szt. ezt w terminie do 30 czerwca 2016 r.

Przy jednoczesnej zmianie p. 5 Załącznika 1 do SIWZ (oraz SIWZ we wszystkich odnośnych punktach) w ten sposób, że wykonawca dostarczy certyfikaty WE wydane przez uprawnioną Jednostkę Notyfikowaną dla poszczególnych Specyfikacji Interoperacyjności w celu potwierdzenia ich spełnienia w pełnym zakresie w terminie 12 miesięcy od dostawy pierwszego pojazdu.

W dniu 10 sierpnia 2015 r. wpłynęła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź zamawiającego na odwołanie.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, dokumenty wymienione w treści uzasadnienia, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji

ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp przez wprowadzenie kryterium oceny ofert w postaci sposobu podparcia nadwozia na wózkach z wagą 10%. Kryterium to zostało wskazane przez zamawiającego w pkt 13.5 pkt 4) SIWZ. Zamawiający opisał sposób obliczenia punktów, jakie mogą uzyskać wykonawcy w przedmiotowym kryterium w następujący sposób:
- podparcie każdego z członów pojazdu w mniej niż 4 punktach – 40 pkt,
- podparcie każdego z członków pojazdu w 4 punktach – 100 pkt.
Jako podparcie czteropunktowe rozumiany miał być układ 4 sprężyn pneumatycznych przypisanych oddzielnie konstrukcyjnie do danego członu pojazdu.

Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż ustawa Pzp uprawnia zamawiającego do określenia kryteriów oceny oferty w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał uzasadnione potrzeby. Ograniczenia dla zamawiającego w tym zakresie wynikają wyłącznie z przepisów ustawy Pzp, w tym z dyspozycji art. 91 ustawy Pzp, ale wszelkie działania zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą przebiegać w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba uznała prawo zamawiającego do przyznania pierwszeństwa rozwiązaniu, które zamawiający uznaje za korzystniejsze. Uzasadnieniem dla preferowania przez zamawiającego podparcia czteropunktowego może być np. nieznacznie wyższy komfort jazdy przy prędkości 160km/h, co wynika choćby ze złożonych przez odwołującego sprawozdań z badań (sprawozdanie nr LW/43.04/2014 z badań elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 41WE, oraz sprawozdanie nr LW/22.13/10 z badań elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 22WE). Zamawiający, jako organizator przewozów, zobowiązany jest do dbałości o standard podróży. Dlatego, biorąc pod uwagę okoliczność, iż pojazdy objęte postępowaniem dedykowane są na linię E30, na której dopuszczalna prędkość to 160 km/h, wyższy komfort jazdy może stanowić uzasadnienie dla postawienia przedmiotowego kryterium. Na rozprawie odwołujący stwierdził, iż okoliczność, iż rozwiązanie czteropunktowe zapewnia niewiele wyższy komfort przy prędkości 160 km/h nie oznacza, że należy je preferować, bowiem pojazd stanowiący przedmiot zamówienia nie będzie jeździł stale z prędkością 160 km/h, a średnio z prędkością 120 km/h. Izba nie zgodziła się z takim stanowiskiem odwołującego uznając, że skoro pojazdy stanowiące przedmiot zamówienia będą dedykowane dla konkretnej linii, na której dopuszczalna jest prędkość 160 km/h, to dbałość o komfort jazdy przy tej prędkości jest zasadna.

Dokonując oceny prawidłowości postawionego kryterium oceny ofert Izba miała na uwadze, iż zamawiający nie sformułował w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego bezwzględnego wymagania dostarczenia pojazdów z czteropunktowym podparciem. Podparcie czteropunktowe każdego z członów pojazdu stanowiło kryterium oceny ofert z wagą zaledwie 10%. Co więcej, odwołujący nie wykazał, że sporne kryterium obniża jego szanse na pozyskanie przedmiotowego zamówienia, nie wykazał, iż dostawa pojazdów z czteropunktowym podparciem jest w jego przypadku niemożliwa bądź nawet utrudniona.

Wobec nie wykazania naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu rezygnacji z przedmiotowego kryterium. Złożone przez odwołującego oraz NEWAG S.A. odpowiednio opinia dotycząca porównania podparcia nadwozia pojazdu szynowego na 3 oraz 4 punktach

wydana przez dr hab. inż. S. M., profesora Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego w Bydgoszczy, oraz opinia techniczna wydana przez Politechnikę Krakowską Wydział Mechaniczny Instytut Pojazdów Szynowych nie mogą stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie. Z uwagi na okoliczność, iż zostały one sporządzone na zlecenie odpowiednio strony i uczestnika postępowania, Izba przyjęła je jako stanowisko podmiotów zlecających ich sporządzenie.

Izba stwierdziła również, że odwołujący nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia w terminach określonych przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę, iż podpisanie umowy na realizację przedmiotu zamówienia możliwe jest w ciągu kilku tygodni, wskazywany w pismach Instytutu Kolejnictwa z dnia 5 sierpnia 2015 r. czy jednostki VUZ z dnia 10 sierpnia 2015 r. okres od 6 do 8 miesięcy potrzebny na przeprowadzenie procedury certyfikacji nie wyklucza w sposób bezwzględny możliwości pozyskania certyfikatu w określonych przez zamawiającego terminach. Nie zostało również wykazane, iż w najbliższym czasie nie zostanie notyfikowana jednostka uprawniona do certyfikacji na zgodność z wymogami TSI. Jak wynika z informacji podanych na stronie internetowej Instytutu Kolejnictwa (www.ikolej.pl), na które powoływała się NEWAG S.A. na rozprawie, Instytut jest w toku procedury prowadzącej do uzyskania statusu jednostki notyfikowanej. Jednocześnie, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu pozostają przedłożone przez NEWAG S.A. oferty złożone przez odwołującego w postępowaniach prowadzonych przez Koleje Dolnośląskie oraz Koleje Mazowieckie. Okoliczność, iż w ww. postępowaniach odwołujący nie stawiał analogicznego zarzutu nie może świadczyć o jego bezzasadności tym bardziej, że jak oświadczył odwołujący, postępowania te toczyły się w innych realiach prawnych, bowiem wówczas nie było problemu z uzyskaniem certyfikatu TSI. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że zarzut prowadzenia przez zamawiającego postępowania, którego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……