

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 roku przez wykonawcę Thales Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa (Punkt kontaktowy: PKP PLK S. A. Zakład Linii Kolejowych w Ostrowie Wielkopolskim ul. Wolności 30, 63-400 Ostrów Wielkopolski)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez wydzielenie do osobnej części zamówienia z Części I tych pozycji z Tabeli nr 1 w Załączniku nr 8 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w których wymagana jest wymiana napędu zwrotnicowego typu JEA-29 na typ EEA-5. W pozostałej części nie uwzględnia zarzutów odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa (Punkt kontaktowy: PKP PLK S. A. Zakład Linii Kolejowych w Ostrowie Wielkopolskim ul. Wolności 30, 63-400 Ostrów Wielkopolski) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Thales Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa (Punkt kontaktowy: PKP PLK S. A. Zakład Linii Kolejowych w Ostrowie Wielkopolskim ul. Wolności 30, 63-400 Ostrów Wielkopolski) na rzecz wykonawcy Thales Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa (Punkt kontaktowy: PKP PLK S. A. Zakład Linii Kolejowych w Ostrowie Wielkopolskim ul. Wolności 30, 63-400 Ostrów Wielkopolski) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Dostawa* nowych elektrycznych napędów zwrotnicowych wraz z wymianą wyeksploatowanych elektrycznych napędów zwrotnicowych na terenie PKP Polskie Linie

Kolejowe S. A. Zakładu Linii Kolejowych Ostrowie Wlkp., o którym ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 25 lipca 2014 roku pod numerem 2014/S 141-253650.

4 sierpnia 2014 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób – utrudniający uczciwą konkurencję i preferujący jednego producenta,
- art. 7 ust. 1 ustawy przez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji – w związku z naruszeniem wyżej wymienionego postanowienia ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia oraz SIWZ w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego utrudniają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego Objęte odwołaniem czynności zamówienia. Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący w sposób następujący uzasadnia swoje stanowisko:

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

Odwołujący podał, że zgodnie z treści art. 29 ust. 1 ustawy, 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. Zgodnie z art. 7 ustawy czynności Zamawiającego winny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto, zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać zamówienie. Formułując zatem wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1481/08) - „zakaz utrudniania uczciwej konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia zawarty w art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom. Zawiera on jedynie nakaz, aby dopuścić konkurencję między wykonawcami będącymi w stanie spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca dał zamawiającym możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący ich indywidualne interes. Prawem i jednocześnie obowiązkiem każdego zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z nimi”.

Zamawiający zawarł w Sekcji II, w punkcie II. 1.5) ogłoszenia o zamówieniu: *Krótki opis zamówienia lub zakupu, iż przedmiot niniejszego zamówienia stanowi dostawa nowych elektrycznych napędów zwrotnicowych wraz z wymianą wyeksploatowanych elektrycznych napędów zwrotnicowych na terenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakładu Linii Kolejowych w Ostrowie Wlkp. Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ. W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu.*” Ponadto, w postanowieniach SIWZ, w punkcie III: Opis przedmiotu

zamówienia i termin wykonania zamówienia, Zamawiający wskazał również, iż *W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu.* Także w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz Załączniku nr 4 do Umowy: Opis Przedmiotu Zamówienia, Część pierwsza, punkt 2.2, Zamawiający określił wymóg, iż *W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu.*

Zamawiający udostępnił dokument obejmujący specyfikację napędów przeznaczonych do wymiany, w którym zawarł między innymi informację o typie napędu współpracującego (sprzężonego) z wymienianym urządzeniem. Jak wynika z Załącznika nr 8 do SIWZ „Wykaz napędów zwrotnicowych do wymiany” napędy stosowane w układach sprzężonych (nie przeznaczone do wymiany) to urządzenia typu EEA-5 produkowane przez firmę Bombardier Transportation. Postanowienie to prowadzi do uniemożliwienia zaproponowania przez uczestników postępowania rozwiązań odpowiadających wymogom Zamawiającego (posiadających świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego), ale nie będących napędem EEA- 5. Podkreślenia wymaga, iż załącznik nr 8 definiuje bowiem stan faktyczny urządzeń na stacjach objętych przedmiotowym zamówieniem. Nie zdefiniowano w nim co prawda typu urządzeń jaki należy zamontować, a jedynie określono typ napędów jakie należy wymienić lub pozostawić bez zmian. Jednak wobec tak określonego stanu faktycznego, jedynymi urządzeniami spełniającymi wymagania określone przez Zamawiającego są urządzenia produkowane przez firmę Bombardier Transportation. Wskazując natomiast w szczegółach na działanie Zamawiającego faworyzujące jednego producenta należy mieć na uwadze, iż w załączniku nr 8 wyspecyfikowane są napędy przeznaczone do wymiany (kolumna nr 10) oraz napędy z nim współpracujące - sprzężone (kolumna nr 9). Zamawiający oczekuje wymiany napędów typu JEA-29 (kolumna 10). Odwołujący pragnie natomiast wskazać, iż gdy w układzie sprzężonym współpracują dwa napędy JEA-29 Zamawiając oczekuje wymiany obu urządzeń na, jak można wnioskować z zapisów SIWZ, dowolny typ urządzeń. Natomiast w przypadku gdy w układzie sprzężonym współpracują dwa różne typy napędów, tj. JEA-29 z EEA-5 Zamawiający oczekuje wymiany jedynie napędu JEA-29 na konkretny model, którego producentem jest firma Bombardier Transportation (dotyczy to wiersza nr 1 - 4; 7-8; 12; 16; 19; 24 - 25; 28 -30; 44 - 45; 48 - 51 ; 54; 56 - 57).

Dokonując zatem opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sposób nieuzasadniony faworyzując rozwiązanie oferowane przez konkretnego producenta, tj. Bombardier Transportation. Zestawienie parametrów, którymi Zamawiający posłużył się opisując konkretne urządzenia jest dobrane w sposób, który wymusza, w celu spełnienia wszystkich wymagań, zaoferowanie urządzenia pochodzącego od konkretnego producenta. Tymczasem brak jest obiektywnych podstaw dla ograniczania w tak znaczący sposób konkurencyjności postępowania, w szczególności - nie uzasadniają tego specyfika przedmiotu zamówienia i potrzeby Zamawiającego, gdyż istnieją na rynku urządzenia innych producentów, mogące spełniać przewidziane przez Zamawiającego funkcje. Natomiast wobec brzmienia OPZ, nie jest możliwe ich zaoferowanie, gdyż nie spełniają

wszystkich dokładnie określonych przez Zamawiającego parametrów, gdyż nie są konkretnym urządzeniem określonego producenta. Zatem, mimo iż Zamawiający nie wskazuje konkretnej nazwy producenta, w rzeczywistości parametry urządzeń zostały dobrane w taki sposób, że spełniają je jedynie konkretne urządzenia preferowanego przez Zamawiającego producenta.

Ponadto, podkreślenia wymaga, iż określony przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia, tj. od dnia 30 września 2014 r. do dnia 6 grudnia 2014 r., w tym dostarczenie pierwszego kompletu urządzeń do dnia 21 listopada 2014 r. (§2 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ) stanowi jedynie potwierdzenie ograniczenia przez Zamawiającego dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do jednego Wykonawcy. Należy mieć bowiem na uwadze, iż przy tak skomplikowanym oraz wymagającym zaangażowania w jego realizację znacznych kosztów przedmiocie zamówienia, żaden z wykonawców nie dysponuje żądanymi urządzeniami natychmiast, jak również nie magazynuje ich w oczekiwaniu na sprzedaż. Wobec powyższego, stwierdzić

należy, iż żądanie przez Zamawiającego realizacji przedmiotu zamówienia w czasie faktycznie niemożliwym do wykonania może wynikać z informacji uzyskanych od konkretnego Producenta urządzeń, iż właśnie takie urządzenia posiada gotowe do zbycia. Ustalenie nierealnego terminu wykonania zamówienia oznacza, iż prawdopodobnie tylko jeden producent ma szansę na złożenie oferty i ubieganie się o udzielnie zamówienia publicznego.

Dokonane przez Zamawiającego ograniczenie możliwych do zastosowania rozwiązań, nie znajdujące uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia ani obiektywnych wymaganiach Zamawiającego stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co znajduje swój wyraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 423/08), wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 694/13), wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 698/14).

Żądania Odwołującego:

Wobec powyżej wskazanych okoliczności faktycznych, Odwołujący żąda dokonania przez Zamawiającego modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który zapewni możliwość zaoferowania urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego przez więcej niż jednego producenta, faworyzowanego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wnosi o modyfikację następujących postanowień przez wykreślenie

dotychczasowego ich brzmienia i zastąpienie ich postanowieniami w brzmieniu proponowanym poniżej przez Odwołującego, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców:

- 1) w Sekcji II ogłoszenia o zamówieniu, w punkcie II. 1.5) ogłoszenia: *przedmiot niniejszego zamówienia stanowi dostawa nowych elektrycznych napędów zwrotnicowych wraz z wymianą wyeksploatowanych elektrycznych napędów zwrotnicowych na terenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakładu Linii Kolejowych w Ostrowie Wlkp. Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ. W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu lub napędy równoważnego typu*."
- 2) w SIWZ, w punkcie III: *Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania zamówienia: W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu lub napędy równoważnego typu*."
- 3) w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz Załączniku nr 4 do Umowy: *Opis Przedmiotu Zamówienia, Część pierwsza, punkt 2.2: W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu lub napędy równoważnego typu*.
- 4) w Sekcji II ogłoszenia o zamówieniu, w punkcie II. 3) ogłoszenia: *czas trwania zamówienia lub termin realizacji; Rozpoczęcie 30 września 2014 r., zakończenie 30 kwietnia 2015 r.*
- 5) w informacjach o części zamówienia, dla części nr 1: *termin wykonania zamówienia od dnia zawarcia umowy do dnia 31 marca 2015 r. przy czym:*
 - dostawa pierwszego kompletu: 20 sztuk elektrycznych napędów zwrotnicowych do 15 marca 2015 r.;
 - dostawa drugiego kompletu: 20 sztuk elektrycznych napędów zwrotnicowych do 23 – marca 2015r.;
 - dostawa trzeciego kompletu: 17 sztuk elektrycznych napędów zwrotnicowych do 31 – marca 2014 r.*czas trwania zamówienia lub termin realizacji: Rozpoczęcie 30 września 2014 r., zakończenie 31 marca 2015 r.*
- 6) w Informacji o częściach zamówienia, dla części 2: *termin wykonania zamówienia; od dnia zawarcia umowy do dnia 30 kwietnia 2014 r.*

Odwołujący żąda, by powyższe modyfikacje terminu realizacji zamówienia dla części 1 i 2, Zamawiający zawarł również w odpowiednich postanowieniach SIWZ, jak również w załączniku nr 9 i 10 do SIWZ, tj. we wzorach umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 sierpnia 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Zamawiającego:

- dowód nr 1 - Protokół Kontroli przeprowadzony przez Urząd Transportu Kolejowego z 8 stycznia 2014 r. (4 karty), złożony na okoliczność wykazania, że napędy zwrotnicowe pracujące w układzie sprzężonym mają być tego samego typu
- dowód nr 2 - opracowanie własne (1 karta) zawierające dwa rysunki, złożony na okoliczność wykazania tego, że napędy zwrotnicowe pracujące w układzie sprzężonym muszą być tego samego typu.

Zamawiający przesłał emailiem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2014 roku (oryginał wpływ 11 sierpnia 2014 roku) pismo z 8 sierpnia 2014 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ*

8

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

Izba ustaliła, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w punkcie III. *Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania* wskazał: *Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ. W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu.*

W części I przedmiotem zamówienia jest *dostawa 57 szt. nowych elektrycznych napędów zwrotnicowych kompletnych z umocowaniami oraz kompletem łączników (prętami kontrolnym i nastawczym) do Zakładu Linii Kolejowych w Ostrowie Wlkp.*

Termin wykonania Zamówienia: od dnia zawarcia umowy do dnia 06.12.2014r., przy czym:

- *dostawa pierwszego kompletu: 20 sztuk elektrycznych napędów zwrotnicowych do 21.11.2014 r.;*
- *dostawa drugiego kompletu: 20 sztuk elektrycznych napędów zwrotnicowych do 28.11.2014 r.;*
- *dostawa trzeciego kompletu: 17 sztuk elektrycznych napędów zwrotnicowych do 06.12.2014 r.;*

Miejsce dostawy – magazyn wg. Załącznika nr 8 do SIWZ.

W części II przedmiotem zamówienia jest *wymiana 57 szt. wyeksploatowanych elektrycznych napędów zwrotnicowych w Zakładzie Linii Kolejowych w Ostrowie Wlkp.*

Termin wykonania Zamówienia: od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2014r.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* – między innymi wykaz napędów pracujących w układzie sprzężonym wskazany został w Załączniku nr 8 do SIWZ. W załączniku nr 1 do SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* dla części pierwszej w punkcie 2.2) Zamawiający podał: *w układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu.*

9

W Załączniku nr 8 do SIWZ zawierającym *informację na temat typu napędu zwrotnicowego jaki powinien być dostarczony* Zamawiający wskazał w Tabeli nr 1 napędy zwrotnicowe pracujące w układach sprzężonych. W pozycjach 1-4, 7-8, 12, 16, 19, 24-25, 28-30, 44-45, 48-51, 54, 56-57 Zamawiający wskazał napędy zwrotnicowe pracujące w układach sprzężonych z których jedno napęd zwrotnicowy to napęd typu JEA-29 podlegający wymianie, natomiast drugi napęd to napęd zwrotnicowy typu EEA-5.

Izba zważyła, że Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do *opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*, zgodnie z ust. 2 *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*. Należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych co w konsekwencji wpływa na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy Zamawiający opisać przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt.

Zamawiający w Załączniku nr 8 do SIWZ zawierającym *informację na temat typu napędu zwrotnicowego jaki powinien być dostarczony* wskazał w Tabeli nr 1 napędy zwrotnicowe pracujące w układach sprzężonych. W pozycjach 1-4, 7-8, 12, 16, 19, 24-25, 28-30, 44-45, 48-51, 54, 56-57 Zamawiający wskazał napędy zwrotnicowe pracujące w układach sprzężonych z których jeden napęd zwrotnicowy to napęd typu JEA-29 podlegający wymianie, natomiast drugi napęd to napęd zwrotnicowy typu EEA-5. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że Zamawiający miał prawo tak opisać przedmiot zamówienia, że w miejsce wymienianego napędu zwrotnicowego w układzie sprzężonym wymaga napędu tego samego typu.

Z wyjaśnień poczynionych na rozprawie wynika, że napędy zwrotnicowe typu JEA-29 stanowią napędy starego typu, które podlegają wymianie na nowe napędy, których typ nie został przez Zamawiającego zdefiniowany, przy czym co istotne w tej sprawie, z konstrukcji Załącznika nr 8 Tabela nr 1 wynika jednoznacznie, że napędy zwrotnicowe typu JEA-29 wymieniane są parami, to znaczy oba napędy zwrotnicowe pracujące w układzie sprzężonym. Zgodnie z SIWZ napędy zwrotnicowe pracujące w układzie sprzężonym mają

10

być tego samego typu, co prowadzi do wniosku, że wykonawca oferujący w miejsce poszczególnych napędów zwrotnicowych JEA-29 inny, nowy typ napędu zwrotnicowego dla poszczególnych, wyszczególnionych przez Zamawiającego napędów zwrotnicowych w zasadzie będzie oferował napędy zwrotnicowe tego samego typu (nowe) dla napędów zwrotnicowych pracujących w układzie sprzężonym. W efekcie w przypadku wymiany napędów zwrotnicowych JEA-29 każdy wykonawca będzie mógł oferować dowolny typ napędu zwrotnicowego.

Natomiast w zakresie pozycji 1-4, 7-8, 12, 16, 19, 24-25, 28-30, 44-45, 48-51, 54, 56-57 z Tabeli nr 1 Załącznika nr 8 do SIWZ Zamawiający wskazał napędy zwrotnicowe pracujące w

układach sprzężonych, z których jeden napęd zwrotnicowy to napęd typu JEA-29 podlegający wymianie, natomiast drugi napęd to napęd zwrotnicowy typu EEA-5 oraz zastrzegł, że: *W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu.* Zgodnym między Stronami postępowania było, że w wyżej wymienionych przypadkach napędy zwrotnicowe typu JEA-29 muszą zostać wymienione na napędy zwrotnicowe typu EEA-5. W oparciu o przedstawione na rozprawie dowody (nr 1 i nr 2) oraz argumentację Zamawiającego, wskazać należy, że wymaganie Zamawiającego nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zakresie samego opisu przedmiotu zamówienia, bowiem wynika z obiektywnych potrzeb Zamawiającego. W ocenie Izby, uwzględniając ugruntowane stanowisko doktryny mające odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby jak i sądów powszechnych wskazać należy, że Zamawiający ma prawo do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który pozwala mu na dokonanie zakupu rzeczy zgodnych z jego potrzebami, które wynikają z funkcjonalnego lub technicznego powodu. W realiach tej sprawy należy wskazać, że Zamawiający w ocenie Izby miał prawo do określenia wymagania, że *W układach napędów sprzężonych muszą być stosowane napędy tego samego typu.* Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie informację o wytycznych zatwierdzonych przez Przewodniczącego Komisji Badania Wypadków Kolejowych zawartych w Biuletynie Informacyjnym nr 14 Kraków, dnia 30 stycznia 2013 roku IZESg-734/70/13, w treści których, zgodnie z pismem Zamawiającego wskazano, że *Zarządca infrastruktury podejmie działania zmierzające do zabudowy jednolitego typu napędów zwrotnicowych pracujących w układach sprzężonych.* Na rozprawie Zamawiający złożył na okoliczność wykazania, że napędy zwrotnicowe pracujące w układzie sprzężonym mają być tego samego typu dowód (nr 1) - Protokół Kontroli przeprowadzonej przez Urząd Transportu Kolejowego z 8 stycznia 2014 r. w którego treści wskazane zostało dowołanie do zdarzenia opisanego ww. Biuletynie Informacyjnym a w którego treści podano między innymi: *Zarządca infrastruktury podejmie działania zmierzające do zabudowy jednolitego typu napędów zwrotnicowych pracujących w układach sprzężonych* (pkt B.3. ppkt 4).

11

Niemniej obiektywne potrzeby Zamawiającego nie uzasadniają opisanego przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający połączył w jednej części wymagania dostarczenia nowych napędów zwrotnicowych (zamiast tych JEA-29 pracujących w parach w układzie sprzężonym) z napędami zwrotnicowymi typu EEA-5 firmy Bombardier Transportation. W tym zakresie wymaganie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia i niewątpliwie stanowi naruszenie konkurencji. Z wyjaśnień Zamawiającego i przedstawionych dokumentów na rozprawie wynika, że zobowiązany jest ona do zabudowy jednolitego systemu napędów zwrotnicowych pracujących w układach sprzężonych, a w systemie zwrotnic mogą istnieć różne napędy zwrotnicowe w układach sprzężonych tzn. poszczególne układy sprzężone będą zbudowane z tego samego typu napędów zwrotnicowych. Potwierdza to również w ocenie Izby naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy (art. 19 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy). Uwzględniając powyższe Izba, wskazując na sentencję orzeczenia nakazał Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez wydzielenie do osobnej części zamówienia z Części I tych pozycji z Tabeli nr 1 w Załączniku nr 8 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w których wymagana jest wymiana napędu zwrotnicowego typu JEA-29 na typ EEA-5. Wskazać należy, że dokonując modyfikacji Zamawiający powinien uwzględnić w zakresie modyfikacji wszystkie postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ odnoszące się do tego zakresu zamówienia.

Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie terminów realizacji zamówienia zarówno w części pierwszej jak i w części drugiej. Odwołujący wskazał, że termin realizacji zamówienia opisany przez Zamawiającego jest nierealny oraz wniósł o nakazanie zmiany terminów realizacji zamówienia dla części pierwszej i części drugiej w sposób przez niego wskazany w treści odwołania. Zamawiający odwoływał się w piśmie jak i argumentacji przedstawionej na rozprawie do obowiązków jakie zostały nałożone na niego w wyniku przeprowadzonej kontroli oraz wskazał, że środki na realizację zamówienia pochodzą ze środków własnych spółki (uchwała z dnia 3 czerwca 2014 roku), których realizacja musi odbyć się w roku 2014.

W ocenie Izby Odwołujący wskazując na to, że termin realizacji zamówienia jest nierealny, nie podał żadnego argumentu potwierdzającego ową nierealność realizacji. Odniesienie się do procesu technologicznego bez odniesienia się do jakiegokolwiek informacji na temat tego procesu również nie stanowi uzasadnienia dla twierdzenia Odwołującego o nierealności terminów. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia konkurencji co do terminów realizacji zamówienia i w tej części zarzutów odwołania nie uwzględniła.

12

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

13