Sygn. akt KIO 82/11

WYROK
z dnia 27 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 stycznia 2011 r. przez **„NEWAG" Spółkę Akcyjną, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Województwo Kujawsko-Pomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2**

przy udziale **Pojazdów Szynowych PESA Bydgoszcz Spółki Akcyjnej Holdingu, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i unieważnia umowę w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie modernizacji i przebudowy autobusu szynowego serii SA 106-001 typu 214M – umowę o dzieło nr AD.V.1152-UDZ/1258/2010, zawartą w dniu 22 grudnia 2010 r. pomiędzy Województwem Kujawsko-Pomorskim z siedzibą w Toruniu a Pojazdami Szynowymi PESA Bydgoszcz Spółką Akcyjną Holdingiem z siedzibą w Bydgoszczy.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Kujawsko-Pomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2** i nakazuje:
   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero

---

Sygn. akt KIO 82/11

groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **„NEWAG" Spółkę Akcyjną, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3,**
   2) dokonać wpłaty kwoty **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2** na rzecz **„NEWAG" Spółki Akcyjnej, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3,** stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 82/11

Uzasadnienie

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 stycznia 2011 r. pod nr 2011/S_2-002354 zostało opublikowane ogłoszenie Zamawiającego: Województwo Kujawsko-

Pomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego o udzieleniu 22 grudnia 2010 r. zamówienia na usługę wykonania modernizacji i przebudowy autobusu szynowego serii SA 106-001 typu 214M wykonawcy: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy.

Zamawiający podał w ogłoszeniu następujące uzasadnienie udzielenia zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: „Województwo Kujawsko-Pomorskie jest właścicielem taboru kolejowego w skład, którego wchodzi jednoczłonowy spalinowy pojazd szynowy SA 106-001 jego obecny stan techniczny i zastosowane w nim rozwiązania techniczne nie odpowiadają obecnym potrzebom przewozowym Województwa w związku z czym konieczne jest jego technologiczne unowocześnienie wraz z jego przekształceniem w pojazd dwuczłonowy. Wykonawca Pojazdy Szynowe PESA S.A. z siedzibą w Bydgoszczy jest jedynym podmiotem posiadającym linię technologiczną umożliwiającą dokonanie modernizacji jednoczłonowego spalinowego pojazdu szynowego SA 106-001 oraz jego przebudowy na pojazd dwuczłonowy. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż jedynym Wykonawcą mogącym zrealizować wyżej wspomniane zamówienia jest przedsiębiorstwo Pojazdy Szynowe PESA S.A. z siedzibą w Bydgoszczy w związku z czym zachodzi przesłanka dla udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy z dnia 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)”.

14 stycznia 2011 r. (pismem z 13 stycznia 2011 r.) Odwołujący: „NEWAG” Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu, wskazując na powyżej opisane ogłoszenie, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec decyzji o udzieleniu zamówienia przez Zamawiającego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na wykonanie modernizacji i przebudowy autobusu szynowego serii SA 106-001 typu 214M. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu: naruszenie art. 62 ust. 1 ustawy pzp poprzez udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia pomimo braku przesłanek wskazanych w art. 62 ustawy pzp, jak również naruszenie art. 62 ust. 2 ustawy pzp poprzez brak zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania, oraz art. 63 ust. 3 ustawy pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego o udzieleniu zamówienia.

Wśród okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania Odwołujący wskazał także na to, iż wskazane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia uzasadnienie udzielenia zamówienia z wolnej ręki (przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp) jest nieprawdziwe, gdyż nie jest prawdą, że jedynym wykonawcą mogącym zrealizować zamówienie jest PESA. Pomimo tego, że Odwołujący jest znanym na rynku kolejowym producentem, jak również podmiotem świadczącym usługi napraw i modernizacji taboru szynowego, w tym autobusów szynowych, Zamawiający nie zwrócił się do niego z jakimkolwiek zapytaniem dotyczącym potencjału technologicznego umożliwiającego realizację przedmiotowego zamówienia. Dowodem na posiadanie przez Odwołującego potencjału umożliwiającego wykonanie modernizacji autobusu szynowego są referencje wystawione przez Województwo Podkarpackie za wykonanie napraw rewizyjnych dwóch autobusów szynowych. Odwołujący posiada możliwości techniczne nie tylko wykonania modernizacji, ale także produkcji i dostawy autobusu szynowego, co wymaga znacząco wyższych kwalifikacji tak co do sprzętu, jak i wiedzy, doświadczenia, know-how oraz kadry. Bez skomplikowanej analizy można wykazać zarówno istnienie innych podmiotów, które posiadają możliwości techniczne wykonania zamówienia (Odwołujący, ZNTK Mińsk Mazowiecki S.A.), które biorą z sukcesem udział w postępowaniach przetargowych na dostawy nowych, nowoczesnych spalinowych zespołów trakcyjnych i realizują dostawy takich pojazdów, a tym samym mają potencjał i zdolności wykonania zamówienia przewyższające wymogi dotyczące przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał także, iż tryb udzielenia zamówienia wybrany przez Zamawiającego prowadzi do sytuacji, iż wartość modernizacji posiadanego już przez Zamawiającego pojazdu SA 106-001, która prowadzić ma do jego rozbudowy do pojazdu dwuczłonowego (pkt 11.2.1 Ogłoszenia o zamówieniu: 9 052 400,00 zł z 22% VAT, 7 420

000,00 zł netto), została ustalona na poziomie ofert wykonawcy PESA (oraz często znacznie powyżej wartości ofert najkorzystniejszych) składanych w ostatnich latach na dostawy kompletnie nowych pojazdów tożsamego typu (spalinowe zespoły trakcyjne, dwuczłonowe, wyposażone w nowoczesne systemy sterowania i informacji oraz udogodnienia dla podróżnych).

Modernizacja dotyczy pojazdu prototypowego, w którym do budowy wykorzystano ostoję („ramę pojazdu") z wagonu osobowego. Przy przyjęciu dla użytkowania pojazdów kolejowych 30-letniego okresu eksploatacji - pojazdy stosunkowo młode nie powinny podlegać tak głębokiej i kosztownej modernizacji. W przypadku tego rodzaju pojazdów - autobusów szynowych jednoczłonowych - właściwym dla powiększenia pojemności pociągu jest dołączenie drugiego wagonu doczepnego o podobnym wzorze, stylistyce i rozwiązaniach konstrukcyjnych - wybór taki został podjęty przez Urząd Marszałkowski

Województwa Kujawsko-Pomorskiego w 2008 r., kiedy to województwo zakupiło pięć wagonów doczepnych, obrysowo tożsamych oraz umożliwiających sterowanie wielokrotne z autobusem szynowym 214M. Wartość owego zamówienia wyniosła 3 880 000,00 zł netto za jeden taki wagon doczepny, czyli o 3 540 000,00 zł netto mniej niż wartość przedmiotowej modernizacji. Ponadto od 2008 r. na rynku producentów spalinowych pojazdów szynowych pojawiły się jeszcze dwa podmioty mające potencjał techniczny w realizacji takich zamówień, w tym Odwołujący, co spowodowało obniżenie cen rynkowych na tego typu pojazdy poprzez konkurencyjność postępowań, której wcześniej nie było.

Odwołujący wyjaśnia, iż celem wykonania zamówienia w postaci modernizacji autobusu szynowego SA 106-001 o zakresie wskazanym przez Zamawiającego nie jest koniecznym posiadanie jakiejkolwiek specjalistycznej i wyjątkowej linii technologicznej, którą posiada wyłącznie PESA. Co więcej, linia taka, przystosowana akurat do tego zadania nie istnieje. Modernizacja wskazana przez Zamawiającego polega bowiem na wielu czynnościach produkcyjnych, wykonywanych na szeregu stanowisk pracy i wielu urządzeniach, których celem *de facto* jest produkcja drugiego członu pojazdu i następnie zespolenie go z istniejącym autobusem SA106-001, celem uzyskania pojazdu dwuczłonowego. Nie jest to modernizacja typowa, co oznacza, iż brak jest innych, podobnych do powyższego zamówień na rynku polskim. Linia technologiczna natomiast jest to uszeregowanie stanowisk roboczych, na których wykonuje się poszczególne czynności (lub ich grupy) związane z wytworzeniem danego produktu, według kolejności wynikającej z procesu technologicznego. Znaczenie w tym miejscu ma seryjność, czy inaczej powtarzalność danych operacji przy wykonywaniu kolejnych egzemplarzy produktu. śaden producent czy zakład naprawczy nie tworzy linii technologicznej do nietypowego zamówienia, przeczy to bowiem samej idei takiej organizacji produkcji, jakież jest całkowicie niezasadne ze względów ekonomicznych. Wskazuje to na to, że PESA nie posiada wyspecjalizowanej linii technologicznej do obsługi przedmiotowego zamówienia.

Taka linia technologiczna nie jest wartością stanowiącą o możliwości bądź nie realizacji zamówienia. Linia technologiczna wg definicji słownikowych jest bowiem niczym innym jak jednym ze sposobów zorganizowania procesu produkcji, a tym samym nie stanowi o możliwości bądź nie wykonania zamówienia, a jedynie o oszczędnościach wynikających z takiej a nie innej organizacji produkcji, oszczędności w formie skrócenia czasu cyklu produkcyjnego, zmniejszenia pracochłonności, czy poprawy jakości produktu itp. Powyższe wskazuje na bezzasadność przytoczonych przez Zamawiającego przyczyn technicznych wyboru takiej a nie innej formy udzielenia zamówienia.

17 stycznia 2011 r. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z siedzibą w Bydgoszczy, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 14 stycznia 2011 r., zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym

terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba dopuściła Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z siedzibą w Bydgoszczy do udziału w tym postępowaniu po stronie Zamawiającego, uznając, iż Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i Odwołujący uiścił wpis od odwołania – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Po sprawdzeniu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i braku zgłoszenia w tym zakresie odmiennych wniosków przez Strony, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący poparł w całości odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, a Przystępujący poparł to stanowisko.

Izba ustaliła, co następuje:

14 grudnia 2010 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu zaproszenie do negocjacji w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki w celu wynegocjowania „istotnych warunków postanowień umowy dotyczącej przeprowadzenia modernizacji i przebudowy jednoczłonowego spalinowego pojazdu szynowego SA 106-001 i instalacja w taborze należącym do Województwa Kujawsko-Pomorskiego systemu liczenia pasażerów".

15 grudnia 2010 r. Zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest przeprowadzenie modernizacji i przebudowy jednoczłonowego spalinowego pojazdu szynowego SA 106-001 i instalacja w taborze należącym do Województwa Kujawsko-Pomorskiego systemu liczenia pasażerów.

17 grudnia 2010 r. Zamawiający przeprowadził z Przystępującym negocjacje w sprawie zamówienia publicznego na przeprowadzenie modernizacji i przebudowy jednoczłonowego spalinowego pojazdu szynowego SA 106-001. Z *Protokołu z negocjacji* wynikają między innymi, iż strony ustaliły:

- cenę realizacji przedmiotu zamówienia w wysokości 9.052.400 zł brutto /pkt. 3/; • dokonanie płatności za wykonanie przedmiotu zamówienia w dwóch częściach w wysokości odpowiadającej wartości zrealizowanego zakresu przedmiotu zamówienia: do 30 grudnia 2010 r. wykonawca zrealizuje przedmiot o wartości 8.683.400,00 zł brutto, a do 30 maja 2011 r. wykonawca zrealizuje pozostałe elementy przedmiotu zamówienia o wartości 369.000,00 zł brutto;
- pozostałe warunki realizacji zamówienia oraz zakres techniczny przedmiotu zamówienia - opisane w odrębnym załączniku.

W załączniku do protokołu pn. *Opis przedmiotu zamówienia (wymagania techniczne)* zostały pogrupowane w tabeli w ramach następujących zasadniczych punktów:

1. *Wymagania zgodności* (między innymi określono, iż autobus szynowy musi być zbudowany z wykorzystaniem podzespołów i elementów pojazdu SA 106 001 oraz z użyciem nowych podzespołów i materiałów co najmniej takich jak: podzespoły napędowe, kompletne układy jezdne, hamulcowe, układy klimatyzacji i ogrzewania, układy sterowania, monitoringu, podzespoły związane z systemami bezpieczeństwa ruchu kolejowego)
2. *Wymagane świadectwa i dokumentacje*
3. *Charakterystyka ogólna autobusu szynowego* (między innymi określono, iż konstrukcja musi umożliwiać łączenie w zespoły, co najmniej dwóch pojazdów - trakcja wielokrotna)
4. *Parametry trakcyjne*
5. *Ilość miejsc dla pasażerów*
6. *Wymania dotyczące nadwozia*
7. *Wyposażenie pomieszczenia dla pasażerów*
8. *Układ ogrzewania i wentylacji*
9. *Warunki jazdy w pomieszczeniu dla pasażerów*

10. *Inne wymagania dotyczące wyposażenia nadwozia* (między innymi określono, iż w strefach wejściowych musi być zainstalowany układ zliczania pasażerów z transmisją danych)
11. *Kabina maszynisty*
12. *Układ napędowy*
13. *Inne wymagania*
14. *Wymagania dotyczące utrzymania pojazdu*
15. *Warunki nadzoru i serwisowania*

21 grudnia 2010 r. Zamawiający podpisał z Ministerstwem Infrastruktury Aneks nr 1/2010 do Umowy nr TK-16/2010 z dnia 29 września 2010 r. w sprawie dotacji celowej na zakup i modernizację kolejowych pojazdów szynowych służących do przewozów

pasażerskich, wykonywanych na podstawie umowy o świadczenie usług publicznych, umożliwiający przeznaczenie dotacji celowej na dofinansowanie zadania polegającego na modernizacji i przebudowie autobusu szynowego SA106-001 na autobus dwuczłonowy oraz wprowadzający postanowienie, iż wykorzystanie tej dotacji następuje przez zapłatę za zrealizowane zadanie lub część zadania, na które dotacja była udzielona.

22 grudnia 2010 r. Zamawiający zawarł z Przystępującym umowę o dzieło nr AD.V.1152-UDZ/1258/2010, w której znalazły się między innymi postanowienia przytoczone poniżej.

§ 1 ust. 1: „Przedmiotem umowy jest wykonanie modernizacji i przebudowy autobusu szynowego serii SA 106-001 typu 214M będącego własnością Województwa Kujawskiego-Pomorskiego w zakresie określonym w załączniku do niniejszej umowy, stanowiącym integralną jej część".

§ 1 ust. 2: „Przyjmujący zamówienie zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy zgodnie z najwyższymi standardami technicznymi w oparciu o posiadaną wiedzę techniczną i doświadczenie.

§ 1 ust. 3: „Przyjmujący zamówienie oświadcza, że do realizacji przedmiotu umowy użyje własnych narzędzi i materiałów".

§ 2 ust. 1: „Przyjmujący zamówienie przystąpi do wykonania przedmiotu umowy w dniu przekazania mu autobusu szynowego serii SA 106-001 typu 214M przez Arriva RP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (…)".

§ 2 ust. 2: „Przyjmujący zamówienie, z zastrzeżeniem ust. 1 wykona przedmiot umowy najpóźniej do dnia 30 maja 2011 roku".

§ 2 ust. 3: „Przyjmujący zamówienie do 30 grudnia 2010 roku zobowiązuje się wykonać część przedmiotu umowy szczegółowo określony w załączniku do niniejszej umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 o wartości nie mniejszej niż 8.683.400,00 zł brutto.

§ 4 ust. 1: „Częściowy odbiór zakresu przedmiotu umowy, o którym mowa w § 2 ust. 3 nastąpi po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy o wyżej wskazanym zakresie.

§ 4 ust. 3: „ Zamawiający dokona odbioru części przedmiotu umowy, o której mowa w § 2 ust. 3 w terminie do 30 grudnia 2010 roku od daty zgłoszenia jej zrealizowania przez Przyjmującego zamówienie.(…)"

§ 6 ust. 1: „Strony ustalają, że Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty Przyjmującemu zamówienie wynagrodzenia ryczałtowego w kwocie: 9.052.400,00 zł brutto (…)".

§ 6 ust. 2: „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 płatne będzie przelewem na konto prowadzone przez … numerze (…) w dwóch częściach w terminie do 30 dni od dostarczenia do siedziby Zamawiającego faktury i od następujących zdarzeń: 1)

potwierdzone podpisanym przez obie strony umowy protokołem potwierdzającym częściowe wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 4 o wartości nie mniejszej niż 8.683.400,00 zł brutto w kwocie 8.683.400,00 zł brutto, 2) potwierdzone podpisanym przez obie strony umowy protokołem potwierdzającym wykonanie całości przedmiotu umowy, o

którym mowa w § 5 w kwocie 369.000,00 zł brutto.

Załącznik do umowy stanowi dokument pn. *Szczegółowe wymagania techniczne przebudowy i modernizacji spalinowego zespołu trakcyjnego serii SA106-001 na dwuczłonowy spalinowy zespół trakcyjny,* którego pierwsza tabela stanowiącej powtórzenie załącznika do *Protokołu z negocjacji* z 17 grudnia 2010 r.

Natomiast w drugiej tabeli pn. *Elementy do przebudowy i modernizacji spalinowego zespołu trakcyjnego serii SA106-001* zawarto wykaz 17 kompletów elementów o następujących nazwach: Konstrukcja stalowa, Wózki, PowerPack, Wiązki kabli, Okna, Kabina WC, Drzwi z napędami, Układy informacji wizualnej, Klimatyzacja przedziałów pasażerskich, Klimatyzacja kabin maszynisty, Rampy dla inwalidy, Układ pneumatyczny i tablice hamulcowe, Linie świetlne, Wyposażenie wewnętrzne, Układ sterowania, Kabiny czołowe z szybami i pulpity maszynisty, SHP radio - z określeniem ilości tych kompletów.

Protokół komisyjnego częściowego odbioru zakresu przedmiotu umowy nr AD.V.1152-UDZ/1258/2010 z dnia 22 grudnia 2010 roku spisany na terenie Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding w dniu 30 grudnia 2010 r. zawiera między innymi następujące informacje:

„Zespół Zamawiającego (…) przy udziale Przyjmującego Zamówienie ustalił, że na terenie PESA Bydgoszcz SA w miejscu składowania znajdują się następujące komplety elementów przeznaczone do modernizacji i przebudowy autobusu SA 106-001". /pkt 1/

W tabeli zawartej w pkt. 2 zawarto wykaz 17 kompletów elementów o nazwach i ilościach jak z załącznika do umowy, dla każdej z pozycji dodatkowo wpisano uwagę „A610M2U001 - bez wad i usterek" oraz wskazano cenę netto, oraz wskazano jako łączną sumę kwoty 7.117.540,98 zł netto oraz 8.683.400,00 zł brutto.

„PESA Bydgoszcz SA przedłożyła Zamawiającemu dokumentację techniczną pozwalającą na ocenę prawidłowości wykonania części przedmiotu umowy. Przedstawiono dokumentację modernizacji i przebudowy autobusu SA 106-001 - grupy rysunkowe 01. 03. 07. 13" /pkt 5/

„PESA Bydgoszcz SA oświadcza, że znany jest jej stan techniczny autobusu SA106-001, którego elementy będą wykorzystane w trakcie dalszego procesu modernizacji i przebudowy. Pojazd ten musi zostać przekazany na teren PESA Bydgoszcz najpóźniej do dnia 30 stycznia 2011 r." /pkt 6/

„Wszystkie w/w komplety do czasu zakończenia pełnej modernizacji i przebudowy autobusu SA106-001 pozostaną na terenie PESA Bydgoszcz SA". /pkt. 9/

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w treści odwołania, zgłoszeniu przystąpienia a także w pismach złożonych na rozprawie oraz wyrażonych ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 14 grudnia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 7.459.016, 39 zł, co stanowi równowartość 1.942.958 euro.

W ocenie Izby Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia udzielonego przez Zamawiającego innemu wykonawcy, gdyż jest producentem szynobusów, zainteresowanym uzyskaniem zamówień dotyczących tego typu

pojazdów - zarówno w zakresie dostawy nowych jak i świadczenia usług modernizacyjnych. Natomiast udzielenie tego zamówienia przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki Przystępującemu mogło spowodować powstanie po stronie Odwołującego szkody z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, o którego uzyskanie mógłby się realnie ubiegać.

Wszelkie zarzuty Odwołania wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów dotyczących trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 1 i 2 oraz art. 63 ust. 3 pzp) są oparte na nieznajomości ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a ściśle na błędnym utożsamianiu jednego z rodzajów procedury (negocjacyjna bez uprzedniego ogłoszenia) występującego w tych ogłoszeniach z jednym z trybów postępowania występującym w ustawie Prawo zamówień publicznych (negocjacjami bez

ogłoszenia). Zdaniem Izby, pomimo braku ich wycofania przez Odwołującego, nie zasługują one rozpatrzenie wykraczające poza stwierdzenie, iż są w oczywisty sposób bezzasadne.

Jednocześnie pomimo przywołania w „przedstawieniu zarzutów" błędnych przepisów, z treści odwołania, w szczególności z żądania unieważnienia decyzji zamawiającego o udzieleniu przedmiotowego postępowania oraz z przytoczonych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania - wynika również zakwestionowanie przez Odwołującego spełnienia przez Zamawiającego przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy pzp przy udzieleniu zamówienia Przystępującemu

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba zważyła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ponieważ zamówienie z wolnej ręki stanowi odstępstwo nie tylko od zasady udzielania zamówienia w trybach podstawowych, ale stanowi jedyny tryb, w którym w żaden sposób nie jest realizowana zasada konkurencyjności, gdyż ze swej istoty powoduje eliminację dostępności zamówienia dla wszystkich wykonawców funkcjonujących na rynku zamówień publicznych, z wyjątkiem tego jednego wykonawcy, którego wybór leży w gestii zamawiającego. Z tego względu możliwość wyboru tego trybu ograniczona jest do okoliczności enumeratywnie wyliczonych w ustawie pzp, kiedy udzielenie zamówienia w innych trybach jest niemożliwe lub zupełnie niecelowe, opisanych w art. 67 w postaci przesłanek, które nie podlegają wykładni rozszerzającej.

Jedną z przesłanek dotyczących niemożności udzielenia zamówienia w innym trybie, wskazaną w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a jest okoliczność, iż dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przesłanka ta składa się z dwóch elementów które muszą wystąpić łącznie: muszą istnieć szczególne przyczyny techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia, powodujące obiektywną możliwość udzielenia zamówienia wyłącznie jednemu wykonawcy. Z kompetencją do wskazania tego jedynego wykonawcy przez zamawiającego skorelowany jest ciążący na nim obowiązek wykazania zajścia przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W niniejszej sprawie Zamawiający powołując się w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a wskazał w uzasadnieniu faktycznym , iż Pojazdy Szynowe PESA S.A. z siedzibą w Bydgoszczy jako jedyne posiadają linię technologiczną umożliwiającą dokonanie modernizacji jednoczłonowego spalinowego pojazdu szynowego SA 106-001 oraz jego przebudowy na pojazd dwuczłonowy.

W ocenie Izby Odwołujący skutecznie podważył zasadność wskazania na posiadanie „linii technologicznej" jako szczególnej przyczyny technicznej immanentnie związanej z możliwością wykonania modernizacji pojazdu SA 106-001, którego właścicielem jest Zamawiający. Po pierwsze, Izba uznaje za właściwe rozumienie pojęcia „linii

technologicznej" jako sposobu organizacji produkcji polegającego na uszeregowaniu stanowisk roboczych, na których wykonuje się pewne powtarzalne czynności związane z wytworzeniem danego produktu, według kolejności wynikającej z procesu technologicznego. Po drugie, skoro egzemplarz szynobusu, który ma być poddany modernizacji, nie jest pojazdem typowym, produkowanym seryjnie, lecz pojazdem prototypowym (co potwierdził na rozprawie Zamawiający), do którego budowy wykorzystano ostoję (ramę) wagonu osobowego, to tym bardziej trudno mówić o istnieniu konkretnej linii technologicznej przeznaczonej do jego modernizacji. Po trzecie, Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż nawet gdyby taka linia technologiczna istniała, to stanowiłaby jedynie istotne ułatwienie i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia, nie wyłączającym w żaden sposób możliwości wykonania modernizacji w sposób mniej przemysłowo zorganizowany.

Na rozprawie Zamawiający i Przystępujący zaprezentowali zupełnie nowe i oryginalne rozumienie linii produkcyjnej jako „zespołu procesów technologicznych opartych na danych z dokumentacji konstrukcyjnych umożliwiających wykonanie modernizacji w zakresie oznaczonym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego". W ocenie Izby jest to nieskuteczna próba pogłębienia wątłego uzasadnienia zawartego w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia przez usiłowanie stworzenia nowego rozumienia pojęcia, które ma już swoje ustalone i powszechnie akceptowane znaczenie (wskazane powyżej). Usiłowanie nadania nowego znaczenia „linii produkcyjnej" z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia jest związane z nową argumentacją podniesioną zgodnie przez Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie, wskazującą na okoliczność przysługiwania Przystępującemu wyłącznych praw autorskich zarówno do dokumentacji konstrukcyjnej szynobusu SA 106-001, jak i do systemu sterowania zamontowanemu we wszystkich innych posiadanych przez Zamawiającego szynobusach i wagonach doczepnych. Argumentacja taka wydaje się zmierzać w istocie do wykazania przesłanki z przepisu art. 67 ust. 1 lit. b pzp - możliwości świadczenia usługi wyłącznie przez Przystępującego z przyczyn związanych z ochroną przysługujących mu praw autorskich do dokumentacji konstrukcyjnej. Ponieważ przesłanka ta nie była jednak wskazana w decyzji o udzieleniu zamówienia, którą zaskarżył Odwołujący, rozpatrywanie jej zasadności nie podlegałoby kognicji Izby związanej zakresem zarzutów podniesionych w Odwołaniu. Zamawiający argumentował jednak, iż stanowi to uzupełnienie uzasadnienia z przepisu art. 67 ust. 1 lit. a pzp „gdyż Przystępujący dysponując

prawami wyłącznymi do tej dokumentacji technicznej jako jedyny jest w stanie wytworzyć linię technologiczną do wykonania przedmiotu zamówienia".

Taka argumentacja w ocenie Izby oznacza, iż *de facto* przesłanką udzielenia zamówienia Przystępującemu była jedynie okoliczność, iż jest on producentem szynobusu SA 106-001 typu 214M, a także producentem pozostałych jednostek taboru kolejowego województwa kujawsko-pomorskiego typu szynobus. Tymczasem wyprodukowanie w przeszłości przez określonego wykonawcę danego pojazdu nie powoduje wcale obiektywnej technicznej konieczności udzielenia zamówienia na jego modernizację temu samemu podmiotowi. Nie przesądza bowiem o tym, czy inne podmioty funkcjonujące zajmujące się produkcją lub remontami tego typu pojazdów, nie podejmą się wykonania modernizacji pojazdu innego producenta. Zamawiający i Przystępujący na rozprawie podważali jedynie zdolność Odwołującego do wykonania usługi objętej udzielonym zamówieniem, co jest dalece niewystarczające, gdyż okolicznością powszechnie znaną jest istnienie innych podmiotów zajmujących się produkcją i naprawą taboru kolejowego, w szczególności wykonawcy wskazanego w odwołaniu.

Zamawiający nie wykazał zatem, iż zaszła przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki wskazana w przepisie art. 67 ust. 1 lit. a pzp, na którą powołał się udzielając zamówienia Przystępującemu, to znaczy, że wykonawca ten jest jedynym, który może świadczyć usługę modernizacji i przebudowy autobusu szynowego serii SA 106-001 typu 214M z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Dysponowanie przez Przystępującego dogodniejszymi warunkami organizacyjnymi do wykonania usługi objętej przedmiotem zamówienia, z racji wyłącznych praw do dokumentacji konstrukcyjnej pojazdu, który ma być modernizowany, nie stanowi nieprzezwyciężalnej trudności uniemożliwiającej wykonanie zamówienia przez innych potencjalnych wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 lit. a pzp.

W przypadku zawarcia umowy, co miało miejsce w niniejszej sprawie, Izba jest uprawniona na podstawie przepisu art. 190 ust. 8 ustawy pzp do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia przesłanek jej unieważnienia, nałożenia kary finansowej albo skrócenia okresu jej obowiązywania. Jedną z przesłanek podlegania przez umowę unieważnieniu wskazaną w przepisie art. 146 ust. 1 pzp jest zastosowanie przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy pzp trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Wobec uwzględnienia odwołania z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 lit. a pzp, Izba na podstawie przepisu art. 192 ust. 3

pkt 2 lit. a pzp unieważniła umowę zawartą 22 grudnia 2010 r. pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, uwzględniając wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje tego unieważnienia. Izba uznała, iż powodem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy było dążenie do wydatkowania środków z przyznanej dotacji celowej przed końcem 2010 r. Zamawiający nie tylko nie brał w ogóle pod uwagę możliwości udzielenia zamówienia w innym, konkurencyjnym trybie, ale nawet nie skorzystał z instytucji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, co mogłoby go ochronić przed unieważnieniem umowy, jednak wymagałoby odczekania z zawarciem umowy 10 dni od dnia opublikowania takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Izba nie stwierdziła, iż utrzymaniem zawartej umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym - modernizacja miała służyć unowocześnieniu pojazdu, który jest aktualnie w eksploatacji. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na dzień orzekania na podstawie umowy przez Zamawiającego i Przystępującego. Na podstawie okazanego przez Zamawiającego na rozprawie w odpowiedzi na pytanie o stan realizacji umowy protokołu, Izba stwierdziła, iż pomimo wskazania, iż umowa pod względem kwotowym została w większości wykonana, nie ma to pokrycia w rzeczywistym zaawansowaniu modernizacji i przebudowy szynobusu. Z protokołu tego wynika bowiem, iż Zamawiający stał się właścicielem sztucznie wycenionych na kwotę wyczerpującą niemal całą wartość umowy 17 typów elementów, które mają dopiero zostać użyte przez Przystępującego do wykonania modernizacji i przebudowy szynobusu będącego nadal w eksploatacji.

Biorąc pod uwagę przepis art. 146 ust. 3 pzp, zgodnie z którym unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, strony powinny powstrzymać się od wszelkich dalszych czynności wynikających z realizacji umowy do momentu upływu terminu do wniesienia skargi na podstawie art. 198a ust. 1 ustawy pzp lub do dnia wydania przez sąd okręgowy wyroku w przedmiocie skargi na orzeczenie Izby, a z chwilą upływu terminu na wniesienie skargi lub oddalenia przez sąd skargi - zwrócić świadczenia, które otrzymały od drugiej strony umowy przed wydaniem niniejszego orzeczenia Izby.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy Prawo Zamówień publicznych przez udzielenie zamówienia z wolnej ręki Przystępującemu miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 2 lit. a pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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), uwzględniając w ramach uzasadnionych kosztów Odwołującego wynagrodzenie jego pełnomocnika w wysokości

zgodnej z przedłożonym na rozprawie do akt sprawy rachunkiem (fakturą VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia

Przewodniczący:

……