

WYROK
z dnia 10 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Alstom Konstal S.A, 41 - 500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A, 3 Avenue Andre Malraux, Levallois Perrot (Francja)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław, 50 - 141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8** protestu z dnia 2 września 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Alstom Konstal S.A, 41 - 500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A, 3 Avenue Andre Malraux, Levallois Perrot (Francja)

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Konsorcjum: Alstom Konstal S.A, 41-500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A, 3 Avenue Andre Malraux, Levallois Perrot (Francja),**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Alstom Konstal S.A, 41 - 500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A, 3 Avenue Andre Malraux, Levallois Perrot (Francja).**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, przez Zamawiającego - Gminę Wrocław, na dostawę 28 sztuk tramwajów w ramach Projektu Zintegrowanego Systemu Transportu Szynowego w Aglomeracji i we Wrocławiu - etap I, opublikowanym w dniu 02.05.2008r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich Nr 2008/S 115421, wykonawca - konsorcjum Alstom Konstal S.A. i Alstom Transport S.A. (dalej konsorcjum Alstom), w dniu 26.08.2008r. otrzymał od Zamawiającego specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ).

W dniu 02.09.2008r., pismem z tego samego dnia, konsorcjum Alstom złożyło protest na treść SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1 i 2, 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r.

Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez:

sprzecznosc pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia (pkt 1.1. załącznika nr 1 do SIWZ), to jest oczekiwaniem Zamawiającego, iż dostarczane tramwaje muszą być zbudowane na bazie nowoczesnych rozwiązań technicznych i technologicznych, a proponowanymi w SIWZ rozwiązaniami technicznymi nienowoczesnymi, niekorzystnymi dla samego Zamawiającego i potencjalnych pasażerów, i preferującymi konkretnych dostawców, przyjęcie w treści artykułu VIII SIWZ błędnej skali ocen, polegającej na: braku w skali ocen kryteriów nowoczesności proponowanych rozwiązań technicznych wymaganych przez Zamawiającego i opisanych w treści pkt. 1.1. a) do i) załącznika do SIWZ

przyjęciu jako kryterium oceny średniego nacisku na oś, który to element jest regulowany przez obowiązujące w Polsce normy, a zatem można go oceniać jedynie w kategoriach spełniania lub niespełniania go przez potencjalnego Dostawcę, a nie w kategoriach skali, która mogłaby być przedmiotem oceny,

posługiwanie się przez Zamawiającego w treści SIWZ sformułowaniami nieostrymi, niejednoznaczными, budzącymi wątpliwości interpretacyjne lub często ze sobą sprzecznymi.

Konsorcjum Alstom zażądało zmiany SIWZ w zakresie opisanym w uzasadnieniu protestu, o ile Zamawiający nie uzna, iż postępowanie lub SIWZ dotknięte jest wadą uzasadniającą jego unieważnienie.

W uzasadnieniu protestu konsorcjum Alstom wskazało, a następnie podtrzymało w odwołaniu następujące zastrzeżenia do treści SIWZ:

- Pkt 1.1. załącznika nr 1 do SIWZ *tramwaje muszą być zbudowane na bazie nowoczesnych rozwiązań technicznych i technologicznych* oraz pkt 1.2. załącznika nr 1: *tramwaje muszą być wieloczołowe, dwukierunkowe, z częściowo niską podłogą* (pkt 1.1., 1.2. i pkt 2.6.1.) - pkt 4 protestu
Zdaniem konsorcjum Alstom brak jest argumentów zarówno technicznych jak i ekonomicznych, aby potencjalni oferenci nie mogli proponować Zamawiającemu tramwajów o całkowicie niskiej podłodze, które są nowoczesne, wygodne i przyjazne dla pasażera.
 - *tramwaje muszą (...) wykorzystującym trójfazowe silniki asynchroniczne* (pkt. 1.2. i pkt 2.5.8.) - pkt 5 protestu
Zdaniem konsorcjum Alstom brak jest argumentów dla wykluczenia możliwości proponowania przez potencjalnych oferentów znacznie nowocześniejszych silników prądu przemienne, które nie są asynchroniczne.
 - *Pudło tramwaju powinno być wykonane w formie konstrukcji stalowej odpornej na korozję* (pkt 2.1.4) - pkt 6 protestu
Zdaniem konsorcjum Alstom brak jest argumentów uzasadniających wykluczenie możliwości dopuszczenia częściowo (np. w konstrukcji dachu) lub całkowicie w konstrukcji struktury pudła innych niż stal metalowych materiałów konstrukcyjnych bardziej odpornych na korozję i lżejszych niż stal.
 - *Łączenie poszycia z konstrukcją nośną powinno być spawane lub klejone* (pkt 2.1.4. zdanie trzecie) - pkt 7 protestu
Zdaniem konsorcjum Alstom brak jest argumentów uzasadniających wykluczenie możliwości proponowania przez potencjalnych oferentów tramwajów, których poszycie jest skręcane i/lub nitowane. Warunek jest o tyle niezasadny i nielogiczny, że Zamawiający w treści pkt. 2.1.5. przewiduje, iż *konstrukcja wagonu musi zapewniać możliwość szybkiej*
-

wymiany kompletnej części czołowej wagonu bez potrzeby kierowania wagonu do zakładu remontowego. Łatwiej jest wymienić część przykręconą niż przyspawaną, ponadto dla wymiany rzeczy przyspawanej konieczne jest skierowanie tramwaju do zakładu remontowego,

- *Drugi stopień odsprężynowania należy zrealizować za pomocą sprężyn stalowych w połączeniu z elementami gumowymi* (pkt 2.3.2. zdanie drugie) - pkt 9 protestu
Zdaniem konsorcjum Alstom wskazanie jedynie sprężyn stalowych, uniemożliwia zastosowanie bardziej nowoczesnych rozwiązań np. wkładek metalowo-gumowych, poduszek pneumatycznych itp.; proponuje skreślenie tego zdania w całości.
- *Do wygaszenia drgań pionowych oraz wężykowania należy zastosować amortyzatory*

hydrauliczne pionowe i poprzeczne (pkt 2.3.2. zdanie trzecie) - pkt 10 protestu
Zdaniem konsorcjum Alstom wskazanie jedynie amortyzatorów hydraulicznych uniemożliwia zastosowanie innych, bardziej nowoczesnych rozwiązań, jak na przykład amortyzatorów pneumatycznych; proponuje skreślenie tego zdania w całości.

Zamawiający, pismem z dnia 11.09.2008r., doręczonym konsorcjum w tym samym dniu, protest rozstrzygnął poprzez jego częściowe oddalenie, częściowe uwzględnienie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, w zakresie zarzutów oddalonych, Zamawiający stwierdził, że:

- nie zgadza się z twierdzeniem, iż występuje jakakolwiek sprzeczność w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ a wymaganymi w SIWZ rozwiązaniami technicznymi. Wymagania zawarte w pkt 1.1 załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) stanowią ogólne wytyczne odnoszące się do przedmiotu zamówienia, natomiast szczegółowe wymagania dotyczące konkretnych rozwiązań i parametrów zostały zawarte w dalszej części wspomnianego załącznika. Zgodnie z art. 30 ustawy Pzp, to Zamawiający, jako finansujący zamówienie jest uprawniony do dokonania opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalania priorytetów co do cech zamawianego produktu. Nie należy do uprawnień Wykonawcy określanie co dla Zamawiającego, czy jego pasażerów będzie korzystne lub niekorzystne.
Stwierdził nadto, iż zarzucanie Zamawiającemu preferowania konkretnych dostawców (Wykonawców), jest bezzasadne - w żadnym miejscu protestu Wykonawca nie wykazał zasadności postawionego zarzutu, a zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego - ciężar udowodnienia tegoż twierdzenia spoczywa, w tym momencie, na Wykonawcy.

Szczegółowo Zamawiający odniósł się do podniesionych zarzutów w następujący sposób:

Pkt 4 protestu

Zamawiający miał prawo określić, jakiego rodzaju tramwaje zamierza zakupić, przynajmniej w odniesieniu do ich głównych cech użytkowych i funkcjonalnych.

Zamawiający już w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania o zamówienie publiczne wskazał, iż oczekuje dostaw tramwajów z częściowo niską podłogą. Wymóg ten został doprecyzowany w SIWZ, gdzie w punkcie 2.6.1. Opisu przedmiotu zamówienia określono następujący warunek: „nadwozie wagonu powinno posiadać niską podłogę co najmniej na 60 % długości części pasażerskiej wagonu tj. nie obejmującej kabin motorniczego”. Powyższy wymóg nie stoi w sprzeczności z przywołanymi przez Protestującego zapisami punktu 1.1 - możliwe jest bowiem zaopierzanie pojazdu z częściowo niską podłogą, a jednocześnie na bazie nowoczesnych rozwiązań technicznych i technologicznych.

Pkt 5 protestu

Zamawiający oczekuje, iż dostarczane pojazdy będą wyposażone w silniki asynchroniczne, czemu dał wyraz w zapisach punktu 2.5.8. Opisu przedmiotu zamówienia, tj. w zapisach: „Wymagany jest układ napędowy z silnikami indukcyjnymi asynchronicznymi zasilanymi z falowników zbudowanych na bazie elementów IGBT. Nie dopuszcza się silników umieszczonych w piastach kół.” Analizy Zamawiającego wskazały, że zastosowanie silników asynchronicznych jest standardem we współczesnych pojazdach szynowych, jest to rozwiązanie sprawdzone i nie sprawiające problemów w eksploatacji pojazdów, w przeciwieństwie do innych rozwiązań np. do silników synchronicznych ze stałym magnesem. Zastosowanie sprawdzonego rozwiązania, które powszechnie stosowane jest nie tylko w Polsce, ale i na całym świecie, jest dla Zamawiającego korzystniejsze niż rozwiązań nie sprawdzonych. Dodatkowo pozwala to Zamawiającemu oczekiwać, że zamawiane pojazdy będą się charakteryzowały większą niezawodnością eksploatacyjną, a w przypadku potencjalnych awarii łatwością ich naprawy. W tramwajach eksploatowanych w Polsce brak jest przykładów stosowania innych niż asynchroniczne silników prądu przemiennego. Dodatkowo rozeznanie rynku dostawców tramwajów wykazało, że wszyscy potencjalni Wykonawcy dostarczali w przeszłości tramwaje wyposażone w wymagane przez Zamawiającego silniki.

Pkt 6 protestu

Ze względów bezpieczeństwa oraz łatwości i niskich kosztów napraw warunkiem koniecznym jest zastosowanie konstrukcji stalowej pudła.

Pkt 7 protestu

Zapis nie stoi w sprzeczności z punktem 2.1.5., tj. wymogiem szybkiej wymiany części czołowej wagonu, gdyż Zamawiający życząc sobie, aby ten zespół był łatwo wymienialny, dopuszcza w tym fragmencie stosowanie elementów złącznych, które będą schowane lub estetycznie zamaskowane. Natomiast połączenie z konstrukcją nośną musi być skutecznie uszczelnione.

Pkt 9 protestu

Realizacja drugiego stopnia odsprężynowania „za pomocą sprężyn stalowych w połączeniu z elementami gumowymi” jest rozwiązaniem sprawdzonym, niezawodnym, technicznie najprostszym i najtańszym.

Pkt 10 protestu

Zastosowanie do wygaszania drgań pionowych oraz wężykowania „amortyzatorów hydraulicznych pionowych i poprzecznych” jest rozwiązaniem sprawdzonym, niezawodnym, technicznie prostym i tanim w eksploatacji.

W dniu 16.09.2008r. pismem z dnia 15.09.2008r., nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego konsorcjum Alstom wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, 29 i 30 (w proteście wskazano **art. 7 ust. 1 i 2, 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1**) oraz żądając zmiany następujących punktów SWZ: pkt. 1.2. i 2.6.1. załącznika nr 1 do SWIZ poprzez dopuszczenie możliwości oferowania oprócz tramwajów częściowo niskopodłogowych także tramwajów o całkowicie niskiej podłodze, pkt. 1.2 i 2.5.8. załącznika nr 1 do SWIZ poprzez dopuszczenie możliwości oferowania, oprócz asynchronicznych silników prądu przemiennego, także silników innego rodzaju jak na przykład silników synchronicznych, pkt. 2.1.4 załącznika nr 1 do SWIZ poprzez dopuszczenie możliwości oferowania tramwajów, których pudła wagonów zostały skonstruowane przy wykorzystaniu także innych niż stal materiałów konstrukcyjnych, pkt. 2.1.4 zdanie trzecie załącznika nr 1 do SWIZ poprzez dopuszczenie możliwości oferowania tramwajów, których poszycie może być nie tylko spawane, ale także skręcane i/lub nitowane, pkt. 2.3.2 zdanie drugie załącznika nr 1 do SWIZ poprzez dopuszczenie możliwości oferowania tramwajów, których drugi stopień odsprężynowania jest realizowany poprzez inne rozwiązanie techniczne niż tylko przy zastosowaniu sprężyny stalowej, pkt. 2.3.2. zdanie trzecie załącznika nr 1 do SWIZ poprzez dopuszczenie możliwości oferowania tramwajów, które mogą wykorzystywać inne rozwiązania do wygaszania drgań niż tylko amortyzatory hydrauliczne. Zdaniem konsorcjum Alstom, przy założeniu, iż głównym kryterium oceny ofert jest cena, zmiany takie, czynią zadość treści dyspozycji art. 7 i art. 29 ustawy Pzp i interesom Zamawiającego. W ocenie konsorcjum Alstom Zamawiający odrzuca możliwość złożenia oferty przewidującej

rozwiązania techniczne, które są nowoczesne, stosowane w konstrukcji wielu pojazdów szynowych, korzystne dla niego i przyszłych pasażerów, oraz które nie mogą mieć wpływu na cenę, jednocześnie preferując rozwiązania techniczne, które w obecnej chwili należy uznać za nieaktualne i nienowoczesne.

W uzasadnieniu odwołania konsorcjum Alstom wskazało:

w zakresie pkt. 4 protestu (tramwaj niskopodłogowy)

Zamawiający odmawia Wykonawcom prawa oferowania tramwajów o całkowicie niskiej podłodze, a zatem takich, które w porównaniu z tramwajami o częściowo niskiej są nie tylko nowocześniejsze, wygodniejsze, ale i bardziej przyjazne dla pasażerów, w tym szczególnie pasażerów starszych, inwalidów i rodziców z małymi dziećmi w wózkach.

W pojazdach z częściowo niską podłogą tacy pasażerowie, a przecież dla nich szczególnie jest przeznaczony transport publiczny, mogą używać tylko niektórych drzwi wejściowych, a po wejściu do wnętrza tramwaju muszą pokonywać nieprzyjemne schody. W tramwajach całkowicie niskopodłogowych, jakie zamierza zaoferować konsorcjum Alstom, wszystkie drzwi i całość przestrzeni wewnętrznej jest przyjazna dla pasażerów. Zdaniem konsorcjum Alstom nie ma przy tym żadnego merytorycznego uzasadnienia dla ograniczania się do zakupu tramwajów o częściowo niskiej podłodze, przy założeniu, że za taką samą lub niższą cenę Zamawiający może otrzymać tramwaje o całkowicie niskiej podłodze.

w zakresie pkt 5 protestu (silniki synchroniczne)

Zamawiający, odmawiając możliwości oferowania tramwajów wyposażonych w silniki inne niż asynchroniczne, wskazał, iż stosowanie silników asynchronicznych jest *standardem we współczesnych pojazdach szynowych*, a także, że *w tramwajach eksploatowanych w Polsce brak jest przykładów stosowania innych niż asynchroniczne silników prądu przemiennego*. W ocenie konsorcjum Alstom silniki synchroniczne prądu przemiennego z magnesami trwałymi, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, są rozwiązaniem bardziej ekonomicznym i nowocześniejszym niż silniki asynchroniczne, nadto za kuriozalne uznaje powoływanie się przez Zamawiającego na tramwaje eksploatowane w Polsce, których średni wiek przekracza 25 lat. Silniki synchroniczne prądu przemiennego z magnesami trwałymi są rozwiązaniem sprawdzonym i stosowanym w pojazdach szynowych na świecie (ponad 1000 sztuk takich silników od kilku lat jest eksploatowanych w wagonach metra. Od roku 1998 takie silniki są używane z powodzeniem w pojazdach metra w Lille, a także w Tuluzie i Turynie. Od 2003 roku, jako generatory są one również stosowane w pociągach podmiejskich w Niemczech). Tego typu silniki są wykorzystywane w najnowszej generacji pociągów wysokich prędkości TGV, osiągających prędkości ponad 500km/h - 25 takich pociągów zostało zamówionych przez włoskiego operatora NTV. W chwili obecnej Alstom Konstal w Chorzowie uczestniczy w realizacji zamówienia na 31 tramwajów z silnikami synchronicznymi z magnesami trwałymi

dla SNCF i kolejnego na 30 tramwajów z takimi samymi silnikami synchronicznymi dla miasta Istanbuł.

w zakresie pkt. 6 protestu (pudło wagonu)

Jeżeliby przyjąć pogląd, że pudła wagonów, ze względów bezpieczeństwa, pracochłonności, czy kosztów naprawy, muszą być wykonane wyłącznie ze stali, za słuszny, to nie sposób logicznie wyjaśnić postępowania dziesiątków miast położonych na obszarze Unii Europejskiej i na świecie, które zakupiły tramwaje, w których konstrukcji pojawiają się inne materiały niż stal. Konstrukcje tych pojazdów musiały spełnić wszystkie niezwykle restrykcyjne wymagania norm europejskich w zakresie m.in. wytrzymałości, bezpieczeństwa i ergonomii. We współczesnych produktach, czy to w tramwajach, czy jakichkolwiek innych pojazdach, zastosowanie znajduje wiele różnorodnych materiałów, często lżejszych i bardziej odpornych na korozję (np. aluminium) niż stal.

w zakresie pkt. 7 protestu (metody łączenia poszycia wagonu)

Zamawiający, odmawiając możliwości stosowania konstrukcji skręcanych lub nitowanych obok konstrukcji spawanych, wskazuje na argument łatwości naprawy i kwestię estetyki. Tymczasem konstrukcja skręcana lub nitowana będzie łatwiejsza w naprawie niż konstrukcja spawana. Europejscy i światowi klienci Alstom, którzy od roku 1997 zamówili ponad 1100 sztuk tramwajów o konstrukcji całkowicie lub częściowo aluminiowej, skręcanej i nitowanej raczej nie cechują się mniejszym poczuciem bezpieczeństwa i estetyki niż przedstawiciele Zamawiającego.

Niezależnie od metody łączenia poszycia ze strukturą pudła szczelność pojazdów jest zagwarantowana, co jest spełnieniem wymogów prawnych oraz podlega sprawdzeniu dla każdego tramwaju na każdym etapie produkcji i co najważniejsze podczas testów odbiorczych.

w zakresie pkt. 9 protestu (odsprężynowanie drugiego stopnia)

Zamawiający, odmawiając możliwości oferowania tramwajów wyposażonych w inne, nowocześniejsze rozwiązania niż sprężyny stalowe wskazuje, iż zaproponowane przez niego rozwiązanie jest sprawdzone, niezawodne, najprostsze i najtańsze. Twierdzenia Zamawiającego mijają się z prawdą, gdyż stosowane na rynku są rozwiązania inne niż sprężyny stalowe. Sprężyste elementy metalowo-gumowe są od wielu lat wykorzystywane jako odsprężynowanie drugiego stopnia m.in. w tramwajach eksploatowanych przez takie miasta jak Paryż, Nantes, czy Grenoble. Podobne rozwiązanie znajduje się również w tramwajach wyprodukowanych przez niektórych innych producentów tramwajów np. dla miast takich jak Budapeszt, czy Lisbona. Co więcej, nie jest również argumentem, że sprężyny stalowe są rozwiązaniem najtańszym. Zważywszy bowiem, że cena takiej sprężyny wynosi około 1000 zł, zaś nawet jeżeli rozwiązania alternatywne mogą być droższe o 100 do 200 zł, to stanowi to ułamek procenta ceny całego tramwaju (szczególnie, że Zamawiający przewidział

w budżecie ponad 8 milionów złotych bez VAT jako wartość jednego tramwaju). Tym samym argument podniesiony przez Zamawiającego przy cenie jednostkowej tramwaju, oraz faktu, iż wybór oferty zostanie dokonany w oparciu głównie o cenę, jest mało przekonujący.

w zakresie pkt. 10 protestu (amortyzatory hydrauliczne)

Ograniczenie to jest niezasadne nie tylko z punktu widzenia technicznego, czy ekonomicznego, ale także z punktu widzenia ekologii. Amortyzatory hydrauliczne są bowiem narażone na wycieki oleju. Natomiast np. amortyzatory pneumatyczne, oparte na sprężonym powietrzu, są od takich przypadłości wolne.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, stanowisk i oświadczeń stron oraz opinii osób prywatnych złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

w zakresie zarzutu dotyczącego pkt. 1.2. i 2.6.1. załącznika nr 1 do SWIZ

1.2. - Tramwaje muszą być wieloczołowe, dwukierunkowe, z częściowo niską podłogą i elektronicznym sterowaniem napędu wykorzystującym trójfazowe silniki asynchroniczne.

2.6.1. - Nadwozie wagonu powinno posiadać niską podłogę co najmniej na 60% długości części pasażerskiej wagonu tj. nie obejmującej kabin motorniczego.

Zarzut ten skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania ze względu na fakt jego podniesienia z uchybieniem 14 dniowego terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp, a który, biorąc pod uwagę wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, tj. wynoszącą, jak wynika z pkt. 2 protokołu ZP-1, powyżej 59 mln euro, znajduje zastosowanie W treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, które ukazało się w dniu 02.05.2008r., w sekcji II.1.5) Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia są tramwaje częściowo niskopodłogowe, a zatem w tym dniu Odwołujący mógł zapoznać się z tym wymogiem. Podniesienie przez Odwołującego zarzutu w zakresie tego wymogu było prawnie skuteczne do dnia 16.05.2008r. Skoro więc Odwołujący swoje zastrzeżenia zgłosił dopiero w proteście z dnia 02.09.2008r., to działania takie uznać należy za spóźnione. Skład orzekający Izby podzielił przy tym stanowisko Zamawiającego co do konieczności literalnego odczytywania tego wymogu, które prowadzić może jedynie do wniosku, że „częściowo niskopodłogowy” nie może oznaczać „niskopodłogowy w 100%”.

w zakresie zarzutu dotyczącego pkt. 1.2 i 2.5.8. załącznika nr 1 do SWIZ

1.2. - Tramwaje muszą być wieloczołowe, dwukierunkowe, z częściowo niską podłogą i elektronicznym sterowaniem napędu wykorzystującym trójfazowe silniki asynchroniczne.

2.5.8. - Wymagany jest układ napędowy z silnikami indukcyjnymi asynchronicznymi zasilanymi z falowników zbudowanych na bazie elementów IGBT. Nie umieszcza się silników umieszczonych

w piastach kół.

Zarzut ten skład orzekający uznał za niezasadny.

W treści protestu, odwołania, a także na rozprawie Odwołujący akcentował, że zastosowanie silników synchronicznych jest rozwiązaniem bardziej nowoczesnym niż zastosowanie silników asynchronicznych. Argumentem przemawiającym za „wyższością” silników synchronicznych nad silnikami asynchronicznymi jest fakt, że silniki synchroniczne są stosowane w pojazdach szynowych na świecie. Odwołujący podał przykłady stosowania tych silników w pojazdach metra i pociągów podmiejskich w Lille, Tuluzie, Turynie oraz w Niemczech a także w pociągach wysokich prędkości TGV. Nadto wskazał na będące w realizacji kolejne zamówienia z tymi silnikami.

W ocenie składu orzekającego Izby, sam fakt realizacji w Europie, czy na świecie zamówień z zastosowaniem silników synchronicznych, abstrahując nawet od adekwatności przeniesienia doświadczeń z zastosowania tych silników w metrze, czy pociągach na ich zastosowanie w tramwajach, sam w sobie nie przesądza o tym, że rozwiązanie to jest bardziej nowoczesne z tego choćby powodu, że nadal zamawiane są tramwaje z silnikami synchronicznymi, a Odwołujący żadnych kompletnych porównań technicznych silników synchronicznych i asynchronicznych nie poczynił.

w zakresie zarzutu dotyczącego pkt. 2.1.4 załącznika nr 1 do SWIZ

Pudło tramwaju powinno być wykonane w formie konstrukcji stalowej odpornej na korozję.

Zarzut ten skład orzekający uznał za niezasadny.

śdaniem Odwołującego było dokonanie modyfikacji treści SIWZ w taki sposób, aby możliwe było oferowanie tramwajów, których pudła wagonów zostały skonstruowane przy wykorzystaniu także innych niż stal materiałów konstrukcyjnych.

W ocenie składu orzekającego lbby modyfikacja treści SIWZ jest bezprzedmiotowa, ponieważ obecne jej brzmienie czyni zadość żądaniu Odwołującego.

W pkt. 2.1.4. załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający zażądał: „Pudło tramwaju powinno być wykonane w formie konstrukcji stalowej odpornej na korozję. Na poszycie należy zastosować materiał o zwiększonej odporności na korozję.”

W ocenie składu orzekającego lbby, z zacytowanego fragmentu SIWZ jednoznacznie wynika, że konstrukcja pudła musi być stalowa, zaś poszycie może być wykonane z dowolnego materiału, byle był to materiał o zwiększonej odporności na korozję.

Taki sposób rozumienia treści pkt. 2.1.4. potwierdził też Zamawiający na rozprawie.

Reasumując, oferowane Zamawiającemu tramwaje nie muszą być w całości wykonane ze stali skoro treść pkt. 2.1.4 ogranicza wymóg użycia stali jedynie do konstrukcji pudła. Tym samym Odwołujący ma możliwość zaoferować tramwaje, których pudła będą wykonane np. przy wykorzystaniu aluminium, na czym Odwołującemu zależy.

w zakresie zarzutu dotyczącego pkt. 2.1.4 zdanie trzecie załącznika nr 1 do SIWZ
Łączenie poszycia z konstrukcją nośną powinno być spawane lub klejone.

Zarzut ten skład orzekający uznał za niezasadny.

Samego wymogu w zakresie wykonania konstrukcji pudła ze stali Odwołujący nie kwestionował (kwestionował, o czym była mowa wyżej wykonanie całego pudła, a więc także poszycia, ze stali). Skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego, że co do zasady, z punktu widzenia zagrożeń korozją sposób łączenia poszycia wagonu z konstrukcją stalową, poprzez spawanie lub klejenie, jest optymalny. Nadto biorąc pod uwagę twierdzenie Zamawiającego, którego Odwołujący nie zakwestionował, że zakłady naprawcze w Polsce nie są obecnie przygotowane do dokonywania napraw z konstrukcją aluminiową, a napraw dokonują dla konstrukcji stalowych, w przypadku których stosują łączenie poprzez spawanie lub klejenie, stwierdzić należy, że wymóg Zamawiającego jest uzasadniony, tj. powiązany z możliwościami naprawy taboru tramwajowego w Polsce. Zamawiający nie powinien dokonywać zakupów w oderwaniu od późniejszych możliwości naprawczych, w tym przypadku determinowanych przygotowaniem zakładów, które podjąć się mogą napraw konstrukcji stalowych.

w zakresie zarzutu dotyczącego pkt. 2.3.2 zdanie drugie załącznika nr 1 do SIWZ
Drugi stopień odsprężynowania należy zrealizować za pomocą sprężyn stalowych w połączeniu z elementami gumowymi.

Zarzut ten skład orzekający uznał za niezasadny.

W treści protestu, odwołania, a także na rozprawie Odwołujący akcentował, że zastosowanie wkładek metalowo - gumowych jest rozwiązaniem bardziej nowoczesnym niż zastosowanie sprężyn stalowych. „Wyższość” wkładek metalowo - gumowych, jak twierdził Odwołujący na rozprawie, polega na tym, że obok metalu, stosuje się także element gumowy, którego pęknięcie nie powoduje, iż zerwaniu ulega całe połączenie.

Uwzględniając jednak treść pkt. 2.3.2. zdanie trzecie Załącznika nr 1 do SIWZ, na co zwracał uwagę Zamawiający w toku rozprawy, z której jednoznacznie wynika, że również w przypadku sprężyn stalowych należy zastosować elementy gumowe, trudno uznać argument Odwołującego w tym zakresie za odróżniający oba rozwiązania, a tym samym przemawiający na „wyższość” wkładek metalowo - gumowych.

w zakresie zarzutu dotyczącego pkt. 2.3.2. zdanie trzecie załącznika nr 1 do SIWZ
Do wygaszania drgań pionowych oraz wężykowania należy zastosować amortyzatory hydrauliczne pionowe i poprzeczne.

Zarzut ten skład orzekający uznał za niezasadny.

W treści protestu, odwołania, a także na rozprawie Odwołujący akcentował, że zastosowanie amortyzatorów hydraulicznych jest rozwiązaniem bardziej nowoczesnym niż zastosowanie amortyzatorów hydraulicznych. „Wyższość” amortyzatorów pneumatycznych polega, jak twierdził

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie, na tym, że amortyzatory hydrauliczne są narażone na wycieki oleju, którego to niebezpieczeństwa nie ma w przypadku amortyzatorów pneumatycznych. Skład orzekający Izby stwierdza, że nawet gdyby przyjąć prawdziwość twierdzenia, że amortyzatory hydrauliczne są narażone na wycieki oleju, a nie dotyczy to amortyzatorów pneumatycznych, to sam ten fakt nie przesądza o „wyższości” amortyzatorów pneumatycznych. Porównanie bowiem jednej, czy też kilku wybranych cech amortyzatorów, bez wiedzy na temat pozostałych ich właściwości, czyni to porównanie wyrywkowym, niekompletnym, a osąd oparty na takim porównaniu trudno uznać za wszechstronny i wnikliwy.

Na podstawie złożonych przez Odwołującego opinii osób prywatnych oraz wobec przyznania przez Zamawiającego okoliczności dowodzonych na rozprawie, skład orzekający Izby uznał, iż możliwe jest stosowanie silników z magnesami trwałymi w pojazdach szynowych (tj. silników synchronicznych) oraz, iż możliwe jest stosowanie innych materiałów niż stal do konstrukcji pojazdów szynowych.

Wobec faktu, iż Odwołujący nie wykazał, że proponowane przez niego rozwiązania są nowocześniejsze, skład orzekający Izby nie rozważał kwestii, czy istnienie na rynku rozwiązań nowocześniejszych od żądanych przez Zamawiającego, obliuguje Zamawiającego do dopuszczenia możliwości oferowania przez wykonawców takich rozwiązań.

Biorąc powyższe pod uwagę, uwzględniając nadto oświadczenie Odwołującego złożone w toku rozprawy, iż postanowienia SIWZ w obecnym brzmieniu nie uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty (realizacja zamówienia na rynek niemiecki), skład orzekający Izby nie dopatrzył się w treści opracowanej przez Zamawiającego SIWZ naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 2, art. 29 ust. 1, 30 ust. 1 w żaden sposób nie znalazł odzwierciedlenia w treści protestu i odwołania. Brak w tym zakresie wskazania przez Odwołującego jakichkolwiek podstaw faktycznych i argumentacji. Skład orzekający nie znalazł zatem podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszeń w tym zakresie.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok / postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*