

WYROK

z dnia 14 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2018 r. oraz w dniu 11 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę Stadler Polska Sp. z o.o. 08-110 Siedlce,

ul. Targowa 50 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Województwo Pomorskie 80-810 Gdańsk, ul. Okopowa 21/ 27 w trybie przetargu nieograniczonego

pn.: „Wykonanie i dostawa 5 sztuk pięcioczołowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich w województwie pomorskim z możliwością wykorzystania prawa opcji dotyczącym zamówienia kolejnych 5 sztuk pięcioczołowych elektrycznych zespołów trakcyjnych”

przy udziale wykonawcy NEWAG S.A. 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża odwołującego Stadler Polska Sp. z o.o. 08-110 Siedlce, ul. Targowa 50 i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Stadler Polska Sp. z o.o. 08-110 Siedlce, ul. Targowa 50 tytułem wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 703/18

Zamawiający - Województwo Pomorskie 80-810 Gdańsk, ul. Okopowa 21/ 27

proceedzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie i dostawa 5 sztuk pięcioczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich w województwie pomorskim z możliwością wykorzystania prawa opcji dotyczącym zamówienia kolejnych 5 sztuk pięcioczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych", numer postępowania: DAZ- ZP.272.27.2018 - dalej: „Postępowanie”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 3 kwietnia 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 064-1420592018/S 064-142059.

Stadler Polska Sp. z o.o. 08-110 Siedlce, ul. Targowa 50, zwany dalej „odwołującym”, działając na podstawie art 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 179 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, polegający na:

- a) określeniu w rozdziale IV, pkt 1 SIWZ zbyt krótkich, nierealnych terminów wykonania zamówienia, obiektywnie niemożliwych do dotrzymania;
- b) określeniu w sekcji 11.2.11) pkt 3 i 4 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale III pkt 6 i 7 SIWZ zbyt krótkiego terminu na dostawę pojazdów w przypadku skorzystania z prawa opcji;

2. art. 91 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 91 ust 2d ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez określenie w rozdziale XIII, ad 3) i ad 4) SIWZ kryteriów oceny ofert

„termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów (D1)” oraz „termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu (D2)” i opisanie sposobu dokonywania oceny ww. kryteriów w sposób niezgodny z ustawą Pzp i naruszający uczciwą konkurencję, w szczególności

zasadę proporcjonalności.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dostosowania postanowień SIWZ i adekwatnych postanowień ogłoszenia o zamówieniu do stanu zgodności z prawem przez:

1. ustalenie terminów wykonania zamówienia podanych w rozdz. IV SIWZ w sposób względny, tj. przez ustanowienie okresu na dostawę poszczególnych pojazdów, liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia, przy tym nakazanie zamawiającemu, aby terminy poszczególnych dostaw były nie krótsze niż:

a)	18 miesięcy od dnia podpisania umowy pięcioczęłonowego;	- dla	dostawy	pierwszego	pojazdu
b)	19 miesięcy od dnia podpisania umowy pięcioczęłonowego;	- dla	dostawy	drugiego	pojazdu
c)	20 miesięcy od dnia podpisania umowy pięcioczęłonowego;	- dla	dostawy	trzeciego	pojazdu
d)	21 miesięcy od dnia podpisania umowy pięcioczęłonowego;	- dla	dostawy	czwartego	pojazdu
e)	22 miesiące od dnia podpisania	umowy	- dla dostawy	piątego	pojazdu

pięcioczęłonowego;

2. zmianę sekcji 11.2.11) pkt 3 i 4 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału III pkt 6 i 7 SIWZ poprzez określenie, iż zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji nie później niż 18 miesięcy od dnia podpisania umowy, zaś dostawa pojazdów w ramach opcji nastąpi w terminie 30 miesięcy od dnia podpisania umowy;

3. wykreślenie kryteriów oceny ofert określonych w rozdziale XIII ad) 3 i 4) SIWZ, ewentualnie nakazanie zamawiającemu ustanowienia kryteriów dotyczących czasu wykonania zamówienia w sposób uwzględniający realne terminy jego wykonania, w tym niemożność promowania skrócenia czasu dostawy pojazdów poniżej 18 miesięcy od podpisania umowy

a ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Podnosząc powyższe odwołujący, w zakresie dotyczącym zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie terminów realizacji zamówienia obiektywnie niemożliwych do dotrzymania podnosił, że zamawiający w Rozdziale IV SIWZ wskazał następujące terminy wykonania zamówienia: "Termin wykonania zamówienia: do 30.09.2020 r. od podpisania umowy, z tym że:

a) dostawa pierwszych dwóch sztuk pojazdów pięcioczęłonowych członowych w roku 2018 lub 2019 (termin dostawy dwóch pierwszych sztuk stanowi kryterium oceny ofert i jest uzależniony od deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie, jednak nie dłuższy niż 30.09.2019 r.);

b) dostawa kolejnych dwóch sztuk pojazdów pięcioczęłonowych członowych w roku 2019 (termin dostawy dwóch kolejnych sztuk stanowi kryterium oceny ofert i jest uzależniony od deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie, jednak nie dłuższy niż 30.10.2019 r.);

c) piąty pojazd do 30.09.2020 r. "

Ponadto w Rozdziale III pkt 6 SIWZ wskazano: Zamawiający planuje powiadomienie Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji, nie później, niż do dnia 30 września 2019 r. i dalej w pkt 7: Jeżeli Zamawiający skorzysta z prawa opcji, to zamówione w ramach opcji elektryczne zespoły trakcyjne (EZT) muszą być wykonane i dostarczone w terminie do dnia 30 września 2020 r.

Zdaniem odwołującego, opisane przez zamawiającego terminy dostaw są zbyt krótkie, nierealistyczne i niemożliwe do dotrzymania, biorąc pod uwagę normalny tok produkcji wykonawców działających na rynku producentów taboru szynowego. Wymagane terminy mogą być dotrzymane wyłącznie przez wykonawcę, który już wyprodukował (lub obecnie jest w toku produkcji) pojazdy będące przedmiotem Postępowania. Pozostali wykonawcy, którzy nie posiadają pojazdów gotowych lub znajdujących się aktualnie w toku produkcji, nie są w stanie należycie zrealizować dostaw w terminie określonym przez zamawiającego.

W dalszej treści odwołania wskazuje, że przedmiot zamówienia jest produktem, który zostanie zaprojektowany i wykonany zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi

w SIWZ. Nie jest to pojazd standardowo produkowany, lecz „szyty na miarę” z uwzględnieniem indywidualnych oczekiwań zamawiającego. Taka też jest ogólna specyfika zamówień na rynku taboru kolejowego – pojazdy szynowe projektowane są i dostarczane w odpowiedzi na konkretną specyfikację klienta. Czas produkcji nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (dalej „EZT”) wynosi co najmniej 18 miesięcy. Zatem realnym terminem wykonania zamówienia w zakresie dostawy pierwszego pojazdu jest okres co najmniej 18 miesięcy, licząc od daty podpisania umowy, zaś kolejnych pojazdów, sekwencyjnie i sukcesywnie, okres wydłużany o kolejne miesiące potrzebne dla ich montażu. Maksymalny czas na dostawę pierwszych dwóch pojazdów został tymczasem określony przez zamawiającego na dzień 30.09.2019 r. Biorąc pod uwagę średnie okresy trwania postępowań o udzielenie zamówienia, daje to realny czas na wykonanie dostawy w wymiarze ok. 12 miesięcy. Przy czym w przypadku przeciągania się postępowania o udzielenie zamówienia może to być okres nawet krótszy. Termin produkcji EZT jest determinowany w znacznej mierze terminami dostaw oferowanymi przez producentów kluczowych komponentów, takich jak m.in. falowniki czy systemy hamulcowe, które aktualnie wynoszą około 12 miesięcy. Do tego czasu należy doliczyć okres niezbędny do wykonania prac montażowych tych podzespołów i wykonania innych prac konstrukcyjnych, które nie były możliwe do zrealizowania przed dostawą i zamontowaniem tych komponentów. Ponadto każdy EZT w momencie dostarczenia musi posiadać bezterminowe zezwolenie

na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI wydane w Polsce zgodnie z ustawą z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2017 r., poz. 2117). Dopuszczalne jest przedstawienie tymczasowego, terminowego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego z chwilą dostawy pierwszego EZT, pod warunkiem dostarczenia zamawiającemu bezterminowego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego przed wygaśnięciem terminu ważności dokumentu tymczasowego, lecz nie później niż w terminie 36 m-cy od dnia dostawy pierwszego EZT (pkt 1.11. wiersz 11 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia). Procedura uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI jest wysoce sformalizowana i skomplikowana, a jego wydanie następuje zazwyczaj po co najmniej trzech miesiącach od daty złożenia wniosku.

Pierwotny termin składania ofert w przedmiotowym przetargu wyznaczono na dzień 10 maja 2018 r., tak więc już sam okres pomiędzy datą otwarcia ofert, a datą dostawy pierwszych pojazdów (30.09.2018 r.) jest krótszy niż wskazywane, minimalne 18 miesięcy (wynosi ok. 16 miesięcy). Maksymalne terminy wykonania zamówienia zostały w tym przypadku oznaczone bezwzględными i sztywnymi datami dziennymi. Biorąc pod uwagę, że okres trwania postępowania o udzielenie zamówienia jest zmienny, a data podpisania umowy niepewna, realny czas na wykonanie zamówienia może ulec dalszemu skróceniu (nawet poniżej jednego roku). Odwołania dotyczące treści SIWZ, pytania i wyjaśnienia dotyczące tej treści i jej modyfikacje mogą doprowadzić do przesunięcia terminu składania ofert. Badanie, wyjaśnianie i uzupełnianie ofert, a także środki ochrony prawnej, do których uprawnieni są wykonawcy oraz kontrola uprzednia Prezesa UZP, mogą wydłużyć i prawdopodobnie wydłużą procedurę przetargową o kolejne miesiące. Podpisanie umowy może zatem ulec znacznemu opóźnieniu. W przypadku skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji w ostatnim możliwym momencie, termin dostawy pojazdów wykonywanych w ramach prawa opcji wynosił będzie dokładnie rok. Zdaniem odwołującego okolicznością bezsporną, potwierdzoną również przez liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest, iż pojazdy szynowe produkowane są na indywidualne zamówienie kontrahenta, a producenci nie mają możliwości ich magazynowania w celu oferowania w odpowiedzi na bieżące zamówienia (tak między innymi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 361/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. KIO 2518/10, KIO 2534/10). Z tego powodu, zamawiający opisując przedmiot zamówienia powinien wziąć pod uwagę aspekty techniczne i handlowe, warunkujące możliwość dotrzymania terminów dostawy.

W ocenie odwołującego obecne brzmienie SIWZ w sposób arbitralny uniemożliwia mu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego i eliminuje go z udziału w Postępowaniu, z uwagi na wymóg nierealnych do dotrzymania terminów dostawy. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia w zakresie terminów jego wykonania narusza art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, w związku z czym powinien zostać zmodyfikowany w sposób zgodny z żądaniem odwołania.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza zasadę, że przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Niewątpliwie w tym przypadku opis przedmiotu zamówienia nie tylko mógłby utrudniać, ale faktycznie utrudnia uczciwą konkurencję. O ile bowiem zamawiający ma prawo i obowiązek zaspokajania swoich interesów, to jednak działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest m.in. na tyle

„rygorystyczne” określenie wymagań, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie może drastycznie ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Izby, zasadą jest nieograniczony dostęp wykonawców do zamówienia. Sztuczne, bezpodstawne ograniczanie przez zamawiającego parametrów stanowi o ograniczeniu ilości wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę. Rolą zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do uzasadnionych potrzeb, ale też z przestrzeganiem zasady konkurencji i proporcjonalności (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 68/17). Na polskim rynku producentów elektrycznych zespołów trakcyjnych swoje produkty oferują w zasadzie wyłącznie trzy podmioty. Wylimitowanie z Postępowania jednego z trzech krajowych producentów taboru szynowego w sposób istotny utrudnia uczciwą konkurencję.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 2d ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez określenie kryteriów oceny ofert

„termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów (D1)” oraz „termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu (D2)” i opisanie sposobu dokonywania oceny ww. kryteriów w sposób niezgodny z ustawą i naruszający uczciwą konkurencję wskazuje, iż zamawiający ustanowił w rozdziale XIII SIWZ w wierszu 3 i 4 tabeli dwa kryteria oceny ofert dotyczące terminów dostaw pojazdów, o łącznej wadze 14%. Opisał, że punkty w ramach kryterium D1 - termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów - o wadze 9%, będą przyznawane przez

zamawiającego według następujących zasad:

1. Termin dostawy pierwszych dwóch pojazdów do 30.09.2019 r. - 0 pkt.

(z zastrzeżeniem, że w przypadku zadeklarowania terminu dostawy pierwszych

dwóch pojazdów dłuższego niż do 30.09.2019 r., oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że jej treść nie będzie odpowiadała

treści SIWZ;

2. Termin dostawy pierwszych dwóch pojazdów do 29.03.2019 r. - 6 pkt;

3. Termin dostawy pierwszych dwóch pojazdów do 10.12.2018 r. - 9 pkt.

Zakładając optymistycznie, że zamawiającemu uda się podpisać umowę w ciągu 2 miesięcy, licząc od aktualnego terminu składania ofert (co zdaniem odwołującego jest mało

prawdopodobne), aby osiągnąć maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium D1, wykonawca musiałby zaoferować dostarczenie dwóch pierwszych pojazdów w zasadzie

w ciągu 5 miesięcy, zaś aby uzyskać 6 pkt - w ciągu 8 miesięcy.

Z kolei punkty w ramach kryterium D2 - termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu o wadze 5%, będą przyznawane przez zamawiającego na następujących zasadach:

1. Termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu do 30.10.2019 r. - 0 pkt.

(z zastrzeżeniem, że w przypadku zadeklarowania terminu dłuższego niż do

30.10.2019 r., oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

jako że jej treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ;

2. Termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu do 10.06.2019 r. - 5 pkt.

Tym samym przyjmując analogiczne założenie, jak w przypadku kryterium D1, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów wykonawca powinien zaoferować dostawę trzeciego i czwartego pojazdu w ciągu 11 miesięcy. Tak krótkie terminy na dostawę pojazdu nowego, zaprojektowanego specjalnie na potrzeby zamawiającego i spełniającego wszystkie jego wymagania, nie są obiektywnie możliwe do dotrzymania. Minimalny czas potrzebny do wyprodukowania nowego, indywidualnie zaprojektowanego EZT, to co najmniej 18 miesięcy. Określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert dotyczące terminów dostawy (D1 i D2) nie umożliwiają obiektywnej oceny ofert złożonych przez wykonawców w Postępowaniu. Nie służą one wyborowi oferty, która faktycznie będzie stanowiła ofertę najkorzystniejszą, poprzez co zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W istocie, omawiane kryteria nie będą mogły zostać efektywnie wykorzystane do dokonania oceny ofert, ponieważ odnoszą się one do świadczenia niemożliwego. Nie jest obiektywnie możliwe zaprojektowanie i wyprodukowanie EZT według indywidualnych wymagań zamawiającego

w ciągu pięciu miesięcy (kryterium D1) czy też nawet jedenastu miesięcy (kryterium D2). Tym samym, zamawiający określił pozacenowe kryteria oceny ofert, które są właściwie bezprzedmiotowe jako nieodnoszące się do przedmiotu zamówienia - przynajmniej możliwego do wykonania przedmiotu zamówienia (co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy Pzp w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Postawione kryteria naruszają więc również przepisy ustawy Pzp również w aspekcie zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców. Faktycznie, ofertę która uzyska maksymalną punktację w kryterium D1 i D2 może złożyć wykonawca, który posiada już gotowy produkt, który zamawiający chce w tym postępowaniu koniecznie wybrać, albo wykonawca, który od samego początku jest świadomy, że realizacja przedmiotu zamówienia w tak krótkim terminie nie jest możliwa, lecz mimo to kalkulowuje ryzyko kar umownych, aby za wszelką cenę uzyskać zamówienie (kary umowne za opóźnienie w dostawie poszczególnych EZT nie mogą przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto za jeden pojazd - § 7 ust. 1 pkt 1 Wzoru Umowy - załącznik nr 8 do SIWZ). Zdaniem odwołującego omawiane kryteria oceny ofert nie zapewniają zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) również z uwagi na faworyzowanie potencjalnych wykonawców, którzy dysponują pojazdem gotowym lub zaawansowanym w toku produkcji, uniemożliwiając pozostałym wykonawcom dostęp do efektywnego udziału w Postępowaniu. Tymczasem kryterium oceny ofert powinno umożliwiać sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców (art. 91 ust. 2d ustawy Pzp). W sensie obiektywnym, oczywiście zamawiający z łatwością będzie w stanie przyznać określoną liczbę punktów, natomiast terminy te w przypadku ich zaoferowania na punktowanym poziomie, będą stanowiły jedynie pustą deklarację, która nie znajdzie odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Zamawiający, w dniu 16 kwietnia 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił, w dniu 17 kwietnia 2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), wykonawca NEWAG S.A. 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3.

Zamawiający na rozprawie w dniu 7 maja 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości podnosząc, w zakresie zarzutu dotyczącego terminu wykonania zamówienia, że terminy realizacji zamówienia, określone przez niego w SIWZ są terminami realnymi dla wykonawców. Na dowód powyższego do odpowiedzi na odwołanie załączył tabelę zawierającą wykaz postępowań prowadzonych przez różne instytucje zamawiające z której wynika, że w poprzednio prowadzonych i zakończonych postępowaniach zamawiający stosowali terminy 12- miesięczne. Postępowania te zakończyły się zawarciem umowy z wybranymi wykonawcami a zatem terminy te są realnie możliwe do dotrzymania. Podnosił również, że sam odwołujący zawarł umowę z MTR Express na dostawę sześciu pociągów, z rocznym terminem realizacji dostaw, na potwierdzenie niniejszego załączając artykuł prasowy. Zamawiający dowodził, że ustalone przez niego terminy wynoszą odpowiednio 15 miesięcy - na pierwsze dwa pojazdy i 16 miesięcy - na wykonanie dwóch kolejnych a zatem są dłuższe od wskazywanych w innych postępowaniach przez zamawiających. Wskazywał również, że nieprawdziwe są twierdzenia odwołującego, że zamówione pojazdy są „szyte na miarę”, albowiem w wymienianych przez niego postępowaniach główne parametry techniczne zamawianych pojazdów były tożsame do zamawianych obecnie przez zamawiającego. Za nietrafiony uznał również argument, że konieczność uzyskania zezwolenia na dopuszczenie pojazdów kolejowych do eksploatacji wydłuży w sposób znaczący terminy dostaw. Nie jest to, jego zdaniem, wymóg nowy a zatem stawiany był również w poprzednio przeprowadzonych postępowaniach, nie powodując wydłużenia terminów realizacji zamówienia.

W kwestii zarzutu dotyczącego ustalenia kryteriów oceny ofert w sposób naruszający uczciwą konkurencję wywodził, że ustalone kryteria: „termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów (D1)” oraz „termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu (D2)” premiuje tych wykonawców, którzy są w stanie skrócić terminy realizacji zamówienia jednakże stosują je w sposób przejrzysty i obiektywny, równy dla wszystkich wykonawców. Ponadto ustalenie tych kryteriów zabezpiecza rzeczywiste potrzeby zamawiającego, powodując liczne korzyści w postaci np. skrócenia czasu podróży w stosunku do taboru obecnie posiadanego przez zamawiającego, zmniejszenie kosztów eksploatacji taboru, zmniejszenie emisji zanieczyszczeń, poprawę warunków klimatycznych, redukcję hałasu. Te wszystkie korzyści da się przeliczyć na realne oszczędności finansowe, które zamawiający wyliczył kwotowo.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie posiadałby możliwość wyprodukowania i dostarczenia EZT, jednakże nie w tak krótkim czasie jaki określił zamawiający. Powoduje to, że odwołujący nie może złożyć w tym postępowaniu oferty a w konsekwencji uzyskać przedmiotowe zamówienie, co mogłoby być możliwe w przypadku nakazania przez Izbę zmiany postanowień SIWZ.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ.

Izba uwzględniła zgłoszone przez Strony i uczestnika postępowania wnioski dowodowe. Tym samym Izba przeprowadziła następujące dowody:

1. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci wydruku ze strony internetowej- Sprawozdanie z funkcjonowania rynku transportu kolejowego w 2016 r.;
2. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci wyciągu z decyzji znak DZTI-WP.8201.4.2015.JW z dnia 20 listopada 2015 r., wydanej przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego na wniosek o wydanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla pojazdu zgodnego z TSI, złożonego przez firmę Stadler Polska Sp. z o.o. złożony w dniu 25 marca 2015 r.;
3. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci złożonego przez przystępującego Newag S.A. do akt sprawy o sygn. KIO 629/16 - Ocena uwarunkowań procedury uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z wymaganiami Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności (opracowany w Krakowie, maj 2016 r. przez: Politechnika Krakowska - Instytut Pojazdów Szynowych);
4. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci tabeli - Zestawienie przykładowych postępowań na dostawę EZT w Polsce w latach 2012-2017 wraz z wyciągami z SIWZ dla wymienionych postępowań;
5. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci ofert pozyskanych od dostawców kluczowych komponentów, niezbędnych dla zrealizowania zamówienia (oznaczonych przez odwołującego numerami od 1 do 8, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na zawarte tam informacje dotyczące nazwy poddostawców, oferowanych warunków cenowych, warunków płatności, terminu realizacji zamówień);
6. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci wydruków ze stron internetowych
7. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci wyciągu z umowy wykonawczej nr M-01-MEN-193/18 zawartej w dniu 7 maja 2018 r. pomiędzy odwołującym a „Koleje Mazowieckie” Sp. z o.o.;
8. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci oświadczenia złożonego przez członka zarządu odwołującego, złożonego w postępowaniu na dostawę 13 szt. EZT prowadzonym przez zamawiającego - Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o.;

9. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci wydruku ze strony internetowej zbiorowy.info oraz rzeszow.wyborcza.pl;
10. Zgłoszony i przeprowadzony przez odwołującego dowód z dokumentu w postaci wydruku artykułu prasowego ze strony internetowej
11. Zgłoszony i przeprowadzony przez zamawiającego dowód z dokumentu „Rejestr zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji - wyciąg z elektrycznymi zespołami trakcyjnymi - stan na 5 stycznia 2018 r.” ze strony internetowej ;
12. Zgłoszony i przeprowadzony przez zamawiającego dowód z dokumentu „Zidentyfikowane oddziaływania ekonomiczne” - wyciąg ze studium wykonalności dla projektu;
13. Zgłoszony i przeprowadzony przez przystępującego dowód z dokumentu w postaci kopii umowy ramowej nr M-01-MEN-11/18 zawartej w dniu 17 stycznia 2018 r. w Warszawie pomiędzy odwołującym a „Koleje Mazowieckie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na dostawę EZT;
14. Zgłoszony i przeprowadzony przez przystępującego dowód z dokumentu w postaci „Zestawienia 5-członowych pojazdów typu FLIRT dostarczonych/ produkowanych przez Stadler”;
15. Zgłoszony i przeprowadzony przez przystępującego dowód z dokumentu w postaci ofert składanych przez firmę PESA w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;
16. Zgłoszony i przeprowadzony przez przystępującego dowód z dokumentu w postaci wydruku ze strony internetowej InfoRail.pl;
17. Zgłoszony i przeprowadzony przez przystępującego dowód z dokumentów w postaci oświadczeń firmy ABB.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest wykonanie i dostawa 5 sztuk EZT do obsługi regionalnego kolejowego ruchu pasażerskiego z możliwością wykorzystania prawa opcji dotyczącym zamówienia dodatkowo do 5 EZT w trybie przetargu nieograniczonego. W zakresie możliwości skorzystania z prawa opcji zamawiający, w opisie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), zawarł informację iż planuje powiadomienie wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji, nie później, niż do dnia 30 września 2019 roku. Ponadto zapisał, że jeżeli skorzysta z prawa opcji, to zamówione w ramach opcji EZT muszą być wykonane i dostarczone w terminie do dnia 30 września 2020 r.

Izba ustaliła, że w Rozdziale IV SIWZ zamawiający opisał termin wykonania zamówienia: do 30.09.2020 r. od podpisania umowy, z tym że: a) dostawa pierwszych dwóch sztuk pojazdów pięcioczłonowych członowych w roku 2018 lub 2019 (termin dostawy dwóch pierwszych sztuk stanowi kryterium oceny ofert i jest uzależniony od deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie, jednak nie dłuższy niż 30.09.2019 r.); b) dostawa kolejnych dwóch sztuk pojazdów pięcioczłonowych członowych w roku 2019 (termin dostawy dwóch kolejnych sztuk stanowi kryterium oceny ofert i jest uzależniony od deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie, jednak nie dłuższy niż 30.10.2019 r.); c) piąty pojazd do 30.09.2020 r.

Ponadto zamawiający zastosował następujące kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu, opisując je w Rozdziale XIII SIWZ i przyznając im następujące wagi procentowe: 1) Cena oferty - 60%, 2) Okres gwarancji - 8%, 3) Termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów - 9%, 4) Termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu - 5%, 5) Kryterium funkcjonalności: wskaźnik długości niskiej podłogi - 8%, 6) Wskaźnik niezawodności technicznej pojazdów - 10%. Opisując kryterium pn. termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów (D1) o wadze 9% wskazał, że ocena będzie odbywała się wg następujących zasad: w przypadku zaoferowania terminu dostawy dwóch pierwszych

pojazdów do 30.09.2019 r. - wykonawca otrzyma 0 pkt, w przypadku zaoferowania terminu dostawy pierwszych dwóch pojazdów do 29.03.2019 r. - wykonawcy przyznane zostanie 6 pkt., dla terminu dostawy pierwszych dwóch pojazdów do 10.12.2018 r. - wykonawca otrzyma 9 pkt. Zamawiający zastrzegł również, że w przypadku zadeklarowania terminu dostawy pierwszych dwóch pojazdów dłuższego niż do 30.09.2019 r., oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że jej treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ. W opisie kryterium termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu (D2) o wadze 5% wskazał, że oferty będą oceniane wg zasad określonych w tabeli tj. dla terminu dostawy trzeciego i czwartego pojazdu do 30.10.2019 r. - 0 pkt, w przypadku zadeklarowanego terminu dostawy trzeciego i czwartego pojazdu do 10.06.2019 r. - 5 pkt. Zawarł w tym miejscu analogiczne zastrzeżenie dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy, który zadeklaruje termin dostawy dłuższy niż do 30.10.2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, zważyła co następuje:

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut odwołującego w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia w SIWZ powinien dokładnie precyzować swoje potrzeby, ale jednocześnie nie może on narzucać konkretnego produktu czy preferować w jakikolwiek sposób jednego wykonawcy. Z kolei zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagają od zamawiającego, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób niedookreślony czy też niespójne naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zniechęcają także wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Również zapisy, które w sposób nadmierny przerzucają ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę, poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia czy też takie jego sformułowanie, które stwarza obawy, że wykonawca nie będzie w stanie terminowo i należyście wywiązać się z zawartej umowy i ponieść straty przy jej wykonywaniu. Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że to zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ma zatem prawo do ustalenia istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby zabezpieczały one jego obiektywne i uzasadnione potrzeby.

Zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wprowadza po stronie zamawiającego obowiązków dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego dostawcy konkurującego na danym rynku. Zamawiający ma prawo takiego ukształtowania postanowień SIWZ w tym zakresie, który zabezpieczy jego rzeczywiste potrzeby. W niniejszej sprawie zamawiający argumentował, iż wskazanie przez niego terminów realizacji dostaw jako określonej daty tj. do dnia 30 września 2020 r. związane jest z zawartą umową o dofinansowanie w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014 - 2020 w którym, zgodnie z zawartą umową, zamawiający ma obowiązek rozliczyć przekazane

środki finansowe do końca 2020 r. Jednocześnie wskazywał, że skrócenie terminów na dostawę dwóch pierwszych pojazdów (do końca września 2019 r.) oraz następnych dwóch (do końca października 2019 r.) związane jest z faktem, iż przekazywanie środków w ramach projektu następowało będzie w transzach, wypłacanych w poszczególnych latach. Wskazywał również, że na potrzeby sfinansowania niniejszego zamówienia zamierza przekazać środki pochodzące z dotacji celowej, którą zobowiązany jest rozliczyć do końca roku 2018. Stąd też w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ (§4 ust. 9 pkt 1) znalazły się zapisy przewidujące udzielenie zaliczki na poczet realizacji zamówienia, która zostanie wypłacona wykonawcy w terminie do 60 dni od daty zawarcia umowy i będzie wynosiła 50% ceny określonej w umowie za dostawę pięciu pojazdów (podstawowy przedmiot umowy).

Należy zauważyć, że określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one zatem ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku. W ocenie Izby zamawiający uzasadnił z jakich powodów opisał przedmiot zamówienia, określając terminy realizacji poprzez wskazanie konkretnej daty, podnosząc konieczność rozliczenia środków pozyskanych w ramach projektu, a także chęć skorzystania z dofinansowania w ramach przyznanej dotacji celowej, którą to zobowiązany jest rozliczyć do końca 2018 r. Nie ulega zatem wątpliwości, iż ustalone terminy na realizację zamówienia znajdują uzasadnienie w potrzebach zamawiającego.

Tym samym należy rozważyć czy w danych okolicznościach, biorąc pod uwagę warunki panujące na rynku dostawców EZT, wskazane w SIWZ terminy dostaw nie spowodują ograniczenia konkurencji. Należy zauważyć, że w ciągu ostatnich kilku lat, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem była dostawa

EZT, skutecznie konkuruje ze sobą trzech wykonawców którymi są: odwołujący,

przystępujący oraz firma PESA. Zarówno odwołujący jak też zamawiający (w odpowiedzi na odwołanie) przedłożyli, jako dowód w niniejszej sprawie, zestawienia przykładowych postępowań na dostawę EZT w Polsce. Z informacji w nich zawartych wynika, iż w latach 2012 - 2017 uczestnikami tego rynku były trzy wymienione wyżej firmy. Zaprezentowano tam również takie dane jak rodzaj i ilość zamawianych pojazdów oraz terminy realizacji dostaw. Zamawiający formułowali warunki dotyczące przedmiotu zamówienia w zakresie terminów często wskazując nieprzekraczalne daty dostaw, a terminy realizacji były niejednokrotnie krótsze niż 18 miesięcy. Odwołujący również składał oferty w postępowaniach, w których wyznaczony przez zamawiającego termin realizacji wynosił mniej niż postulowany przez niego obecnie czas na realizację zamówienia, nie są zatem prawdziwe jego twierdzenia, iż firma nie składa ofert w takich postępowaniach.

Odwołujący dopatrywał się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzając, że formułując w taki sposób warunki przetargu zamawiający preferuje jednego wykonawcę, którym jest przystępujący albowiem jest on jedynym wykonawcą, który będzie w stanie zrealizować to zamówienie. Wywodził, iż firma PESA a zatem jeden z trzech potencjalnych wykonawców, z uwagi na obecne problemy finansowe nie złoży oferty w niniejszym postępowaniu, zwłaszcza przy tak sformułowanych warunkach realizacji zamówienia w zakresie terminów dostaw. Tymczasem z dowodów, które przedłożył przystępujący na rozprawie wynika, że jest ona w dalszym ciągu aktywnym uczestnikiem rynku. Kopie ofert złożonych przez firmę PESA w postępowaniach przetargowych w roku 2018 (oferta dla Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. dotycząca dostawy 13 szt. EZT - data sporządzenia 9 stycznia 2018 r.; oferta dla Kolei Dolnośląskich SA na dostawę 2 szt. EZT - data sporządzenia 26 kwietnia 2018 r.; oferta dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego w Lublinie na dostawę 11 szt. EZT z datą sporządzenia 18 kwietnia 2018 r.) dowodzą, że w dalszym ciągu stara się ona o pozyskiwanie nowych zamówień. Ponadto z treści oferty składanej w postępowaniu dla Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. wynika, że PESA zobowiązała się dostarczyć zamawiane pojazdy w następujących terminach: pierwszy pojazd w terminie 14 miesięcy, drugi w terminie 15 miesięcy a trzeci w terminie 16 miesięcy. Tym samym, w ocenie Izby twierdzenia odwołującego w zakresie w jakim dowodzi on, że firma PESA nie będzie uczestniczyła w postępowaniu wszczętym przez zamawiającego z powodów wyżej opisanych nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym.

Odwołujący wskazywał, że zamawiane pojazdy są „szytymi na miarę”, na czas potrzebny do wykonania zamówienia składają się takie kluczowe fazy jak: zaprojektowanie, zamówienie podzespołów do produkcji EZT, wykonanie prac montażowych

i konstrukcyjnych, w końcu czas potrzebny na uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnie z Technicznymi Specyfikacjami Interoperacyjności (dalej „TSI”). W tym miejscu Izba zwraca uwagę na brak konsekwencji odwołującego przy prezentacji argumentów na poparcie swojego stanowiska. Z jednej strony podnosi on, iż pojazdy produkowane są w odpowiedzi na konkretne potrzeby zamawiającego, a zatem odwołujący nie ma możliwości wcześniejszego przygotowania się do realizacji zamówienia, z drugiej zaś stwierdza, iż „Wymagane terminy mogą być dotrzymane jedynie przez wykonawcę, który już wyprodukował (lub obecnie jest w toku produkcji) pojazdy będące przedmiotem Postępowania.” Prowadzi to do wniosku, że pewne przygotowania, w postaci wcześniejszego zamówienia podzespołów, czy też nawet wcześniejsze rozpoczęcie etapu produkcji jest możliwe i stosowane przez innych wykonawców na tym rynku. Stwierdza również, że terminy dostaw oferowane przez producentów kluczowych komponentów, takich jak falowniki czy systemy hamulcowe wynoszą aktualnie 12 miesięcy. Na potwierdzenie tego faktu przedłożył dowody w postaci ofert poddostawców kluczowych komponentów dla EZT. W ocenie Izby dowody te mogą stanowić jedynie potwierdzenie, iż konkretni producenci są w stanie dostarczyć określone komponenty we wskazanych w ofertach terminach. Terminy te są co prawda odległe, biorąc pod uwagę termin dostawy określony przez zamawiającego w SIWZ, niemniej brak jest podstaw do uznania, na co zwracał uwagę zarówno zamawiający jak i przystępujący, że na rynku nie ma innych poddostawców, gotowych dostarczyć takie elementy szybciej. Należy również zauważyć, że niektóre oferty przedłożone przez odwołującego zawierają w swojej treści zastrzeżenie, iż są to oferty wstępne, zatem otwierają możliwość negocjacji ich warunków, w tym także w odniesieniu do terminów dostaw w nich określonych. W ocenie Izby odwołujący, przekazując oferty poddostawców nie udowodnił, że wskazane w nich terminy nie podlegają negocjacjom i nie mogą ulec skróceniu, nie wykazał również, iż polegać może w tym zakresie wyłącznie na tych właśnie producentach kluczowych podzespołów. Nie można również wykluczyć, iż wykonawcy dysponują niektórymi elementami z uwagi np., na realizowane poprzednio zamówienia, które są w stanie wykorzystać na potrzeby niniejszego zamówienia. Odwołujący wskazywał wprawdzie, iż zawiera umowy z poddostawcami komponentów do realizacji EZT w przypadku, gdy wcześniej zawarł już umowy ramowe na dostawy kompletnych EZT, nie łączy go zaś stałe umowy z poddostawcami komponentów. Nie wykluczył on jednak oraz nie wskazał przyczyn dla których stała współpraca byłaby niemożliwa czy też niewskazana w sytuacji, gdy na konkurującym rynku dostawców EZT inni wykonawcy takie umowy zawierają, co potwierdził przystępujący.

Odwołujący zwracał również uwagę na końcowy etap realizacji każdego zamówienia na dostawę EZT, jakim jest uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI. Podkreślał przy tym, że procedura ta jest wysoce sformalizowana i skomplikowana. W odwołaniu podnosił, że czas niezbędny na uzyskanie takiego zezwolenia to około trzy miesiące od daty złożenia wniosku. Na rozprawie argumentował ponadto, że stosowanie TSI nie było dotychczas obowiązkowe, zgodnie z przepisami przejściowymi w tym zakresie, obowiązującymi do 1 czerwca 2017 r. Obecnie cały tabor pasażerski, w tym EZT, wprowadzany do eksploatacji musi być w pełni zgodny przynajmniej z TSI Loc&Pass z 2011 r. Z dokumentu pn. „Sprawozdanie z funkcjonowania rynku transportu kolejowego w 2016 r.” wynika, że w latach 2014 - 2016 liczba wagonów pasażerskich dopuszczonych do eksploatacji pod kątem zgodności z TSI to zaledwie trzy pojazdy zgodne z TSI. Twierdził, że sama procedura uzyskania takiego zezwolenia jest długotrwała i czasochłonna, składa się z kilku etapów a kończy ją złożenie wniosku do prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (dalej „UTK”) o wydanie zezwolenia na dopuszczenie pojazdu kolejowego zgodnego z wymaganiami TSI, wraz z wymaganym kompletem dokumentów. Czas trwania takiej procedury ma niewątpliwie wpływ na terminy realizacji zamówienia, a sama procedura wydania zezwolenia może ulegać wydłużeniu nawet do kilku miesięcy, na co wykonawca nie ma bezpośredniego wpływu. Na potwierdzenie tego przedłożył wyciąg z Decyzji z dnia 20 listopada 2015 r. wydanej przez prezesa UTK, na wniosek odwołującego złożony 25 marca 2015 r. o wydanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla pojazdu zgodnego z TSI dla dwuczłonowego EZT serii FLIRT. Odnosząc się do podnoszonych przez odwołującego argumentów w tym zakresie Izba uznała, że niewątpliwie czas potrzebny na uzyskanie niezbędnych zezwoleń musi zostać przez każdego z wykonawców uwzględniony przy składaniu oferty, jednakże przyjmowanie założenia, że czas uzyskania zezwolenia jest kilkumiesięczny nie znajduje potwierdzenia ani w przepisach prawa ani też w zgromadzonym materiale dowodowym. Kwestię tą reguluje Ustawa o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2117), zgodnie z którą każdy pojazd kolejowy poruszający się po infrastrukturze kolejowej musi posiadać dokument dopuszczenia do eksploatacji. Zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji, które wydawane jest dla pojazdu kolejowego stanowi jednocześnie zezwolenie dla typu pojazdu, jak również dla egzemplarza. Tym samym czas wydania zezwolenia w ramach danego zamówienia ma wpływ na dostawę pierwszego pojazdu, albowiem to jest ważne dla każdego następnego pojazdu kolejowego danego typu. Zgodnie z cytowaną ustawą prezes UTK wydaje stosowne zezwolenie w terminie 2 miesięcy od daty złożenia kompletnego wniosku. Odwołujący, na potwierdzenie że czas trwania weryfikacji zgodności pojazdu z TSI może ulegać przedłużeniu przedstawił

dowód w postaci artykułu prasowego, w którym rzecznik UTK stwierdzał, że w roku 2017 średni czas postępowań zakończonych wydaniem decyzji dopuszczających pojazd do eksploatacji wynosił 92 dni. W ocenie Izby nieuzasadnione jest zatem przyjęcie, że termin na wydanie decyzji jest niemożliwy do przewidzenia. Izba zwraca też uwagę, że liczony przez UTK średni czas uwzględniał również te przypadki w których konieczne było uzupełnienie złożonego wniosku). Odwołujący nie udowodnił, że w przypadku gdy wykonawca złoży kompletny wniosek, zawierający wszystkie niezbędne dokumenty, czas wydania decyzji może zostać przez prezesa UTK przedłużony. Przedłożony przez odwołującego wyciąg z decyzji nie może stanowić takiego dowodu, albowiem z jego treści nie sposób wywieść jakie były przyczyny przedłużającej się procedury, na którą niewątpliwie wpływ ma kompletność przedłożonej wraz z wnioskiem dokumentacji.

Z powyższych powodów Izba uznała zarzut odwołującego w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za nieuzasadniony.

W zakresie naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 91 ust 2d ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez określenie kryteriów oceny ofert „termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów (D1)” oraz „termin dostawy trzeciego i czwartego pojazdu (D2)” i opisanie sposobu dokonywania oceny ww. kryteriów w sposób niezgodny z ustawą i naruszający uczciwą konkurencję, w szczególności zasadę proporcjonalności - Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny

Na wstępie należy zauważyć, że odwołujący w zakresie kryterium oceny ofert, nie kwestionował co do zasady, że zamawiający może takie kryterium zastosować. Podnosił natomiast, że z uwagi na fakt, że podobnie jak same terminy realizacji zamówienia są niemożliwe do dotrzymania, także dodatkowe skrócenie terminów na dostawę dwóch pierwszych oraz dwóch następnych pojazdów jest niemożliwe. Ponadto zwracał uwagę, że tak sformułowane kryteria preferują takiego wykonawcę, który posiada już gotowy produkt albo też takiego, który świadom, że realizacja zamówienia w tak krótkim terminie nie jest możliwa, w kalkuluje to ryzyko, wliczając je w cenę oferty w postaci kar umownych.

Izba zwraca uwagę, że kryteria oceny ofert w każdym postępowaniu winny być związane z przedmiotem zamówienia i pozostające z nim w logicznym i funkcjonalnym związku. Zamawiający ma prawo takiego ich ustalenia aby zapewnić sobie w zakresie realizacji interesu publicznego najlepszą i najefektywniejszą realizację przedmiotu zamówienia. W toku rozprawy zamawiający wskazywał na fakt, iż środki na realizację zamówienia pochodzą z funduszy zewnętrznych, jego nadrzędnym celem jest ich wykorzystanie w terminach określonych w umowie o dofinansowanie projektu. Podnosił też argumenty wskazujące na korzyści płynące ze skrócenia realizacji dostaw przez wykonawców. Na okoliczność powyższego przedstawił dowód w postaci wyliczenia (analizy) opartej na sporządzonym Studium wykonalności dla projektu, wskazując na takie korzyści

jak: zmniejszenie kosztów eksploatacji taboru nowego w stosunku do dotychczas posiadanego, zmniejszenie emisji zanieczyszczeń powietrza, poprawę warunków klimatycznych, skrócenie czasu podróży. Wszystkie z wymienionych czynników przekładają się na realne oszczędności finansowe po stronie zamawiającego, które skalkulował,

w przypadku jeśli wykonawca zrealizuje zamówienie w najkrótszych możliwych terminach, na poziomie 7,9 mln zł.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego zobowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Cytowany przepis nakłada zatem na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek wskazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zdaniem Izby odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń, nie wykazał bowiem za pomocą żadnego z przedłożonych przez siebie dokumentów, że zastosowane pozacenowe kryteria nie służą wyborowi oferty, która będzie faktycznie stanowiła ofertę najkorzystniejszą, albowiem odnoszą się do świadczenia niemożliwego. Nie wykazał również, że wykonawcy, którzy zaproponują skrócenie czasu realizacji dostawy z góry przewidują, iż nie dotrzymają zaproponowanych przez siebie terminów a uczynią to wyłącznie z tego powodu, aby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwolujący uzasadniając swoje stanowisko w tym zakresie wskazywał na liczne opóźnienia w realizacji dostaw EZT, które są czymś powszechnym na rynku. Przedstawił szereg artykułów prasowych, z których wynikało, że czymś powszechnym jest brak

dotrzymywania terminów wynikających z zawartych umów, a wykonawcom naliczane są w związku z tym kary umowne. W tym zakresie Izba uznała, że z treści złożonych dowodów nie wynika jakie były przyczyny dla których wykonawcy nie byli w stanie dotrzymać deklarowanych w umowie terminów, w szczególności nie wynikało z nich że powodem są

krótkie terminy realizacji. Niewątpliwie każdy podmiot zawierający umowy musi liczyć się z pewnymi ryzykami wynikającymi z przyczyn, często od niego niezależnych, skutkującymi brakiem możliwości wykonania umowy w deklarowanym terminie. Ryzyko to obciąża jednak każdego wykonawcę, na równych zasadach.

Biorąc pod uwagę całokształt podniesionych przez odwołującego zarzutów Izba doszła do przekonania, że nie wykazał on, iż przy tak sprecyzowanych warunkach SIWZ nie ma on możliwości złożenia oferty a ich zmiana w zakresie postulowanych w odwołaniu ma na celu poprawę jego sytuacji jako potencjalnego wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie. Odwołujący dowodził, że przy tak krótkim terminie realizacji zamówienia nie będzie w stanie złożyć oferty pomimo, iż wcześniej ubiegał się o zamówienia w których ustalane były analogiczne terminy wykonania umowy. Odwołujący zatem stara się tak ukształtować warunki przetargu, które ułatwią mu pozyskanie zamówienia, jak deklaruje nie jest w stanie dotrzymać podstawowego terminu realizacji zamówienia a zatem nie będzie możliwym skrócenie terminów dostawy i uzyskanie dodatkowych punktów w kryteriach oceny ofert, co stawia go w niekorzystnej sytuacji w porównaniu z konkurującymi na rynku podmiotami. Należy zauważyć, że nie taka jest rola postępowania o udzielenie zamówienia. To bowiem, w pierwszej kolejności, ma zabezpieczyć cel jakim dbałość o racjonalne wykorzystanie środków publicznych przez zamawiającego. Niewątpliwie istotnym elementem jest także takie opisanie warunków, w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, aby nie naruszały one zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, co w ocenie Izby nie ma miejsca w analizowanym postępowaniu. Po analizie zapisów SIWZ, wyjaśnień zamawiającego oraz całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że zamawiający w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp opisał przedmiot zamówienia oraz kryteria oceny ofert, uczynił to w sposób który nie ogranicza konkurencji, dając jednocześnie zamawiającemu możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, biorąc pod uwagę jego uzasadnione potrzeby.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności §5 ust. 4.

Przewodniczący: