

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Szczecin, dnia 03.06.2009r.

Dot.: rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę 6 sztuk fabrycznie nowych przegubowych, wieloczołowych całkowicie niskopodłogowych tramwajów wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym oraz pakietem naprawczym”.

Podstawa prawna:

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwana dalej Pzp.

Nr sprawy: **18/ZP/GZ/2009**

Zamawiający – Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. w Szczecinie działając w oparciu o postanowienia art. 183 ust. 4 Pzp. zamieszcza rozstrzygnięcie protestu wniesionego w dniu 26.05.2009r. przez: **Škoda Transportation a.s.**, Tylowa 1/57, **301 28 Plzeň**, Republika Czeska, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia na ww. dostawy.

W załączeniu rozstrzygnięcie:

PREZES ZARZĄDU

Krzysztof Wawrzyniak

Szczecin, dnia 3 czerwca 2009 r.

Zamawiający:

Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o.
ul. Sebastiana Klonowica 5,
71 – 241 Szczecin

Protestujący:

Škoda Transportation a.s.
Tylova 1/57
301 28 Plzeň
Česka Republika

GZ.EB.381-521/09

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Protest datowany na dzień 25 maja 2009 r. wniesiony w dniu 26 maja 2009 r. w przetargu nieograniczonym na dostawy o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 na „DOSTAWĘ 6 SZTUK FABRYCZNIE NOWYCH PRZEGUBOWYCH, WIELOCZŁONOWYCH, CAŁKOWICIE NISKOPODŁOGOWYCH TRAMWAJÓW WRAZ ZE SPECJALISTYCZNYM WYPOSAŻENIEM OBSŁUGOWYM ORAZ PAKIETEM NAPRAWCZYM” (dalej: „Przetarg”), działając w oparciu o postanowienia art. 183 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. – dalej: „PZP”)

Zamawiający, postanawia:

- (I) uwzględnić w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w części dot.
 - (1) pkt 2.3. Rozdz. XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia
 - (2) pkt 4.10.3.3). Rozdz. XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- (II) oddalić w pozostałym zakresie.

Uzasadnienie

Ad. (I)

Zamawiający uzupełni opis przedmiotu zamówienia zamieszczony odpowiednio w pkt 2.3. i 4.10.3.3) Rozdz. XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia o informacje wnioskowane przez Protestującego.

W tym zakresie Zamawiający dokona modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m. in poprzez doprecyzowanie, iż tramwaj niskopodłogowy musi być przystosowany do warunków środowiskowych i klimatycznych panujących w Szczecinie oraz warunków technicznych wynikających z budowy torowisk i systemu zasilania tramwajów w Szczecinie, które zostały wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w stosownych miejscach specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwoła się też do norm przywoływanych w treści normy PN-K-92008 „Komunikacja miejska Skrajna kinematyczna wagonów tramwajowych”.

Zamawiający potwierdzi także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż użytkowane przez Zamawiającego tramwaje spełniają wymagania Polskiej Normy PN – K – 92008, Komunikacja miejska Skrajna kinematyczna wagonów tramwajowych.

Ad. (II)

(1)

Zamawiający nie uwzględni zarzutu dotyczącego określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminu realizacji zamówienia. Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji poprzez określenie 540 dniowego terminu realizacji zamówienia, Zamawiający wskazuje, iż termin taki wynika z potrzeby jak najszybszego wprowadzenia do eksploatacji nowego taboru. Należy z całą mocą podkreślić, iż wyznaczony przez Zamawiającego termin jest realnym terminem realizacji zamówienia i wynosi ponad rok. Jak wskazują doświadczenia zamawiającego z poprzednio przeprowadzanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego termin ten jest technicznie wykonalny przez wykonawców.

Wskazywanie, iż w innych postępowaniach przewidziano dłuższe terminy realizacji zamówienia jest chybiony, ponieważ przedmiotem zamówienia w tych postępowaniach była odmienna (większa) liczba dostarczanych tramwajów. We wszystkich przetargach wskazanych w proteście przedmiot zamówienia opiewał od kilkunastu do kilkudziesięciu sztuk. Tymczasem przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest jedynie 6 szt. tramwajów. Tym samym termin

realizacji niniejszego zamówienia powinien być oceniany z uwzględnieniem jego wolumenu. Zamawiający podkreśla, iż terminy realizacji dostaw tramwajów takie, jak w niniejszym postępowaniu występują także w innych przetargach. Jedyne terminem przykładu Zamawiający wskazuje, iż w przetargu ograniczonym na dostawę 8 tramwajów trzyczłonowych z częścią niskopodłogową oraz 4 składów tramwajowych dwuwagonowych organizowanym przez MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu termin wykonania zamówienia był krótszy niż 1 rok.

Określenie terminu realizacji zamówienia, jako jednego z elementów tworzących opis przedmiotu zamówienia, stanowi prawo Zamawiającego wynikające z postanowień PZP. Uprawnienie powyższe jest niekwestionowane w orzecznictwie Zespołów Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (aktualnie Krajowej Izby Odwoławczej). Zgodnie z ukształtowaną i konsekwentną linią orzeczniczą *„Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nie można mówić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy zdolnych do realizacji zamówienia jest większa, choć wąska grupa podmiotów”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 marca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-207/07). Znamienny jest zwłaszcza pogląd wyrażony w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 7 lutego 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-175/05), zgodnie z którym *„Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady wynikające z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych”*.

Analogiczne stanowisko prezentowały Zespoły Arbitrów także w nowszych orzeczeniach. W wyroku z dnia 2 października 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1177/07) wskazano, iż *„Określenie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny nie musi oznaczać konieczności zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie.”*, zaś w wyroku z dnia 26 kwietnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-484/07), że *„Zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby o ile jest to zgodne z prawnie chronionymi interesami wykonawców/dostawców i nie ma on obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewniać możliwość zrealizowania zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku”*.

(2)

Z tych samych względów Zamawiający nie uwzględnia zarzutów dotyczących kryterium terminu dostawy. Wskazane kryterium oceny ofert zostało wprost wymienione (jako termin wykonania zamówienia) przez ustawodawcę w katalogu kryteriów oceny ofert dotyczących przedmiotu zamówienia, a wymienionych w art. 91 ust. 2 PZP. Tym samym Zamawiający ma pełne prawo zastosowania powyższego kryterium oceny ofert a sam ten fakt nie może być przedmiotem protestu. Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP materialnoprawną przesłanką zasadności środka odwoławczego jest naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy. Sytuacja taka, z konieczności logicznej, nie może mieć miejsca w sytuacji, gdy Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadza kryterium oceny ofert wymienione bezpośrednio w ustawie.

Zamawiający w najmniejszym nawet stopniu nie podziela argumentacji, jakoby wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium terminu dostawy stanowi faworyzowanie jakiegokolwiek wykonawcy. Przeciwnie zastosowanie przedmiotowego kryterium oceny ofert powoduje, iż konkurencja pomiędzy wykonawcami nie odbywa się jedynie w płaszczyźnie cenowej, ale także w zakresie oferowanego terminu wykonania zamówienia. Kryterium terminu wykonania zamówienia została przypisana waga jedynie 30% co oznacza, iż Wykonawca, który nie jest konkurencyjny w tym aspekcie oceny ofert, z powodzeniem może uzyskać zamówienie oferując konkurencyjne warunki cenowe, ważące aż 70% na wyborze oferty najkorzystniejszej. Kryteria oceny ofert opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczą w równym stopniu wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie może zatem być mowy o preferencyjnym lub dyskryminacyjnym traktowaniu wykonawców.

(3)

Zamawiający, poza zarzutami, które uwzględnił w pkt (I) rozstrzygnięcia protestu, nie zgadza się z zarzutami zawartymi w proteście dotyczącymi opisanego przedmiotu zamówienia. Zarzuty te są gołosłowne i opierają się na twierdzeniach niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Znamienne jest to, że Protestujący poprzestał jedynie na ogólnikowym wskazaniu, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podaje wszystkich parametrów wymaganych do określenia skrajni oferowanego tramwaju w odniesieniu do danych technicznych torowisk i tramwajów eksploatowanych przez Zamawiającego. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia podał wszelkie istotne i posiadane przez siebie informacje na temat eksploatowanej infrastruktury trakcyjnej oraz taboru. Ponadto opis przedmiotu zamówienia (w pkt 4.10.1 Rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia) odwołuje się do Polskiej Normy PN – K – 92008, co oznacza, iż przy

wykorzystaniu parametrów technicznych podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może obliczyć skrajnię kinematyczną oferowanego tramwaju. Niezależnie od faktu, iż dane wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wystarczające do złożenia oferty, to jednocześnie Zamawiający podkreśla, że podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszelkie parametry techniczne posiadanych tramwajów, jakimi dysponował na podstawie dokumentacji techniczno ruchowej. Jako użytkownik, a nie producent nie dysponuje innymi danymi i trudno oczekiwać aby miał takimi danymi dysponować, tym bardziej, że Protestujący nie wskazuje nawet jakich danych oczekuje.

Zamawiający podkreśla, iż podał również wszystkie parametry infrastruktury przystankowej i sieci niezbędne do przygotowania oferty. Dysponując parametrami oferowanego tramwaju (a te pochodzą przecież od wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia.) oraz biorąc pod uwagę dopuszczalne prędkości w ruchu drogowym i odwołując się do norm PN – K – 92011 „Torowiska tramwajowe. Wymagania i badania” i PN – K – 92009 „Komunikacja miejska. Skrajnia budowli. Wymagania” Protestujący, jako renomowany wytwórca tramwajów bez problemu określi efekt dynamiczny podany w pkt 4.10.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazane powyżej normy PN – K – 92011 „Torowiska tramwajowe. Wymagania i badania” i PN – K – 92009 „Komunikacja miejska. Skrajnia budowli. Wymagania” są przywołane w treści normy Polskiej Normy PN – K – 92008 „Komunikacja miejska Skrajnia kinematyczna wagonów tramwajowych”, która bezpośrednio została wskazana w treści opisu przedmiotu zamówienia. Pomimo tego Zamawiający zdecydował się przywołać wprost powyższe normy w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak wskazano to w pkt (I) rozstrzygnięcia protestu. Stosowna modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostanie dokonana po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, zgodnie z wymogami art. 183 ust. 5 PZP.

Zamawiający stanowczo zaprzecza, aby podane przez niego dane przystanków były niezgodne z rzeczywistością. Brak wskazania o jakie przystanki chodzi uniemożliwia jakkolwiek ustosunkowanie się do tak krzywdzącego i gołosłownego zarzutu. Tym nie mniej, kierując się zasadą lojalności kontraktowej i celem uniknięcia niepotrzebnych nieporozumień, Zamawiający zdecydował się dokonać modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak wskazano to w pkt (I) rozstrzygnięcia protestu, tj. poprzez doprecyzowanie, iż tramwaj niskopodłogowy musi być przystosowany do warunków środowiskowych i klimatycznych panujących w Szczecinie oraz warunków technicznych wynikających z budowy torowisk i systemu zasilania tramwajów w Szczecinie, które zostały wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z powyższych przyczyn rozstrzygnięto jak na wstępie.

Pouczenie o terminie i sposobie wniesienia środka odwoławczego:

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu.

Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Odwołanie podlega opłaceniu wpisem.

Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.⁸⁾) o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

PREZES ZARZĄDU

Krzysztof Wawrzyniak