



ZAL. 257598124 TABELORU KOLEJOWEGO  
 „Mińsk Mazowiecki” SPÓŁKA AKCYJNA  
 ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki  
 www.zntkmm.pl, e-mail: zntk@zntkmm.pl

Dział Marketingu i Umów  
 tel. + 48 25 759 83 51 - 56  
 fax. + 48 25 759 83 57  
 e-mail: marketing@zntkmm.pl

Mińsk Mazowiecki, 02 styczeń 2012r.

MM/005/2012

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
 ul. Postępu 17A  
 02-676 Warszawa

Zamawiający: Koleje Śląskie Sp. z o.o.  
 ul. Wita Stwosza 7  
 40-40 Katowice

Odwołujący: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego  
 „Mińsk Mazowiecki” S.A.  
 ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34  
 05-300 Mińsk Mazowiecki

**Postępowanie o zamówienie publiczne: „Dostawa czternastu dwuczłonowych kolejowych składów spalinowych”, znak sprawy KS/ZP/40/2011**

**Termin publikacji ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 22.12.2011 r., nr 2011/S 249-405709**

**Termin na wniesienie odwołania: 2 stycznia 2012 r.**

#### Odwołanie

wobec czynności podjętych oraz zaniechanych przez Zamawiającego, którym są Koleje Śląskie sp. z o.o. , w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pod nazwą „Dostawa czternastu dwuczłonowych kolejowych składów spalinowych”, znak sprawy KS/ZP/40/2011.

Działając w imieniu Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” SA, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp, składam odwołanie wobec czynności podjętych oraz zaniechanych przez Zamawiającego, którym są Koleje Śląskie sp. z o.o., w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pod nazwą „Dostawa czternastu dwuczłonowych kolejowych składów spalinowych”, znak sprawy KS/ZP/40/2011.

Odwołujący się powziął wiadomość o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu publikacji ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. 22.12.2011 r. Termin 10 – dniowy na wniesienie odwołania upływał w dniu 01.01.2012 r., który to dzień

257598124

był dniem ustawowo wolnym od pracy, wobec czego termin na wniesienie odwołania na podstawie art. 14 ustawy pzp w zw. z art. 115 k.c. upływa w dniu 02.01.2012 r.

Przedmiotem niniejszego odwołania są działania i zaniechania Zamawiającego polegające na:

- 1) wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki, chociaż nie zachodzą przesłanki określone w art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy pzp upoważniające zamawiającego sektorowego do skorzystania z niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego,
- 2) zaniechaniu udzieleniu zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie, pomimo iż nie zostały spełnione wszystkie wymienione w nim przesłanki upoważniające zamawiającego sektorowego do skorzystania z niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego,
- 2) art. 7 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez wybór niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego pomimo braku podstaw.

Naruszenia wyżej wskazanych przepisów prawa miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, Odwołujący domaga się uwzględnienia niniejszego odwołania oraz nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki,
- 2) nakazaniu przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych.

W celu wykazania interesu prawnego, Odwołujący się podnosi, iż w przypadku dokonania przez Zamawiającego wyboru jednego z trybów konkurencyjnych udzielenia zamówienia publicznego Odwołujący się mógłby również złożyć ofertę na dostawę czternastu dwuczłonowych kolejowych składów spalinowych, albowiem Odwołujący się jest nie tylko producentem nowych jednostek tego typu, ale również wykonuje zamówienia zakresu dostawy taboru używanego, a gdy specyfikacja to przewiduje również po dokonaniu ich modernizacji. Odwołujący się wskazuje, że posiada dobre rozeznanie na rynku taboru kolejowego i wie, że na rynku możliwe jest nabycie używanych elektrycznych jak i spalinowych zespołów trakcyjnych w różnych ilościach. W Polsce dysponentem takiego taboru systematycznie sprzedawanego w dużej części są przewozy Regionalne sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący się ma interes prawny we wniesieniu odwołania.

#### Uzasadnienie

Odwołujący się podnosi, że zgodnie z poglądami ugruntowanymi w doktrynie jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych jaką jest udzielanie ich w trybach zapewniających konkurencję i równe

257598124

traktowanie wykonawców. Stąd też jak wskazuje orzecznictwo i doktryna przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle.

Powyższe stanowisko zostało jasno przedstawione w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 czerwca 2010 r., KIO/KD 48/10, LexPolonica nr 2340213: „Tryb zamówienia z wolnej ręki - jako wyjątkowy - pozwala na udzielenie zamówienia podmiotowi, który nie został wyłoniony w procedurze konkurencyjnej. Powyższe oznacza, iż przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nie powinny być interpretowane rozszerzająco, a ich znaczenie należy ustalać przede wszystkim przy zastosowaniu wykładni gramatycznej. Jednocześnie oceny należy dokonywać każdorazowo odnosząc się do okoliczności konkretnego stanu faktycznego przy czym ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne”.

Zgodnie z art. 134 ust. 6 pkt 2) ustawy pzp zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych.

Jak wynika z powyższego przepisu Zamawiający sektorowy którym bezspornie są Koleje Śląskie sp. z o.o., może zastosować tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy pzp w przypadku łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- 1) wystąpienia szczególnie korzystnych okoliczności,
- 2) krótkiego czasu trwania okoliczności, o których mowa w pkt 1),
- 3) zaistnienia skutku w postaci możliwości udzielenia zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych.

Zdanem odwołującego się nie zaszła żadna z ww. okoliczności.

Po pierwsze nie jest prawdą jakoby na rynku taboru nie było możliwe nabycie większej ilości używanego taboru spalinowego. Tabor taki jest dostępny u pośredników trudniących się sprzedażą używanego taboru, jak również sami przewoźnicy sprzedają posiadany tabor w odpowiedzi na ogłaszane postępowania.

Za taką szczególnie korzystną okoliczność nie może być uznane zgłoszenie się do Zamawiającego pośrednika oferującego sprzedaż taboru objętego zamówieniem, na co powołuje się zamawiający w załączniku D2 do ogłoszenia uzasadniając udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Okoliczność ta mogłaby być uznana za taką np. gdyby zamawiający bezskutecznie próbował dokonać zakupu takich jednostek w innych trybach. Tymczasem zamawiający jak dotąd nigdy nie nabywał używanego taboru i w tym przedmiocie nie ogłaszała żadnego postępowania.

Jako przykłady nabycia dużej ilości używanego taboru różnego typu przez zamawiających sektorowych w trybach konkurencyjnych odwołujący się wskazuje:

- 1) zamówienie na dostawę używanych wagonów tramwajowych prowadzone przez Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku, ogłoszenie o zamówieniu Dz. Urzędowy UE 2007/S 103-127353,

257598124

- 2) zamówienie na dostawę używanych wagonów tramwajowych prowadzone przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne SA w Krakowie , ogłoszenie o zamówieniu Dz. Urzędowy UE 2007/S 103-127353,
- 3) zamówienia na dostawę używanych spalinowych zespołów trakcyjnych prowadzone przez Przewozy Regionalne Sp. z o.o., ogłoszenie o zamówieniu Dz, Urzędowy UE 2011/S 250-408762

**Dowód:**

- 1) *ogłoszenie o zamówieniu,*
- 2) *ogłoszenie o zamówieniu,*
- 3) *ogłoszenie o zamówieniu*

Po drugie występowanie szczególnie korzystnych powinny trwać krótki czas. W niniejszej sprawie ten krótki czas jest ustalony przez oferenta, który również „stworzył” szczególnie korzystne okoliczności poprzez złożenie oferty Zamawiającemu.

W istocie nie wiadomo kiedy dokładnie oferta została złożona Zamawiającemu i czy rzeczywiście nie było możliwe w tym czasie przeprowadzenie postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych.

Wskazać należy, że na stronie internetowej Railconsult s.r.l. zamieszczona jest oferta sprzedaży 15 spalinowych zespołów trakcyjnych FIAT Aln 668 jako oferta skierowana do wszystkich bez określenia terminu jej ważności.

Jeżeli natomiast oferta Railconsult s.r.l. skierowana do Zamawiającego obejmuje inne pojazdy niż ww. to wskazać należy, że w takim przypadku nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, że nie jest możliwe nabycie taboru jednego producenta w ilości objętej zamówieniem z wolnej ręki.

**Dowód:**

- 1) *Wydruk ze strony internetowej Railconsult s.r.l. z ofertą sprzedaży FIAT Aln 668*

Po trzecie wskazać należy, że zgodnie z danymi podanymi w sekcji II pkt II.2.1) wartość zamówienia wynosi 17.220.000,00 €, co oznacza, że cena 1 szt. używanego taboru wraz z transportem i szkoleniem pracowników wynosi 1.230.000,00 €. Do tej ceny trzeba dodać, że dostosowanie takiego taboru do eksploatacji na terenie Polski to kolejne 300.000,00 – 400.000,00 zł.

Taka cena za 1 sztukę używanego taboru nie daje powodu do twierdzenia, iż zostaje spełniona wymagana ww. przepisem przesłanka zaistnienia możliwości udzielenia zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych.

Odwołujący się wskazuje, że cena 1 sztuki nowego dwuczłonowego spalinowego zespołu trakcyjnego wynosi od 8.200.000 zł do 9.500.000 zł, co powoduje, że cena ok. 10 – 20 letniego taboru, która po przeliczeniu wg średniego kursu euro w NBP z dnia 02.01.2012 r. godz. 13.00 tj. 4,4640 zł za 1 euro wynosi

257598124

5.490.720,00 zł, jest zaledwie o ok. 30 % niższa od ceny taboru nowego oferowanego przez polskich producentów wraz z pakietem usług dodatkowych i kilkuletnią gwarancją. Powyższe wskazuje, że zaproponowana Zamawiającemu cena nie jest znacząco niższa od ceny rynkowej taboru nowego, a tym bardziej taboru używanego.

**Dowód:**

- 1) **Zawiadomienie o wyniku postępowania DA.III.272.1.3.2011 z dnia 27.07.2011**
- 2) **Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty OP.IV.WW.3331/86/18/09**

Odwołujący się wskazuje, że w Wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. akt II GSK 1002/2009, LexPolonica nr 2549699 wskazano, że: „W razie udzielenia zamówienia (również sektorowego) w trybie z wolnej ręki, niezastnienie którejkolwiek z integralnie ze sobą powiązanych przesłanek określonych dla tej formy zamówienia eliminuje możliwość uznania, że zamówienie to zostało udzielone zgodnie z warunkami ustawy.”

W świetle przedstawionych wyżej argumentów i dowodów w ocenie odwołującego się w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 134 ust. 6 pkt 2 ustawy pzp.

4  
Dodatkowo odwołujący się podkreśla, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem KIO na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia przesłanek uprawniających go do zastosowania trybu z wolnej ręki. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w poniższych uchwałach KIO:

- 1) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 marca 2011 r., KIO/KD 23/11, LexPolonica nr 2517759

Zamawiający, powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a starej ustawy Pzp, zobowiązany był wykazać, że tylko ten jeden Wykonawca, do którego miał on zamiar wysłać zaproszenie do negocjacji, był w stanie wykonać zamówienie, którego Zamawiający zamierzał udzielić. Ciężar udowodnienia takiej tezy spoczywa na Zamawiającym. Musi on wykazać w sposób niebudzący wątpliwości słuszność swego twierdzenia, a tym samym swoją argumentację oprzeć na oczywistych, obiektywnych i weryfikowalnych okolicznościach.

- 2) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej - Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2010 r., KIO/KD 92/10, LexPolonica nr 2441414

Przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki (oraz wszystkich innych niż podstawowe) muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne.

- 3) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 listopada 2010 r., KIO/KD 91/10, LexPolonica nr 2422802

Wyłącznie na Zamawiającym, który podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, wyjątkowym, spoczywa ciężar wykazania, iż jest on do podjęcia takiego działania uprawniony.

257598124

Powyższym działaniem Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 7 ustawy pzp, który jako kardynalna powinność zamawiającego wskazuje dbałość o zachowanie uczciwej konkurencji. Tymczasem zamawiający swym postępowaniem niezgodnym z ustawą zmierza do wyeliminowania jakiegokolwiek konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

**Załączniki:**

- 1) odpisy KRS Odwołującego się,
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 3) dowód doręczenia odwołania zamawiającemu,  
dowody wymienione w treści odwołania.

Prezes Zarządu  
Dyrektor Generalny  
mgr Krzysztof Adamski