

Sygn. akt: KIO/KU 7/15

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 16 lutego 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 stycznia 2015 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Zamawiającego: PKP Intercity S.A., ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa

od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 14 stycznia 2015 r. (znak: UZP/DKUE/KU/175/14)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 20 pasażerskich wagonów kolejowych z usługą ich finansowania

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Magdalena Rams

Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedmiotem kontrolowanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej Prezesem Urzędu, postępowania przeprowadzonego przez PKP Intercity S.A., jest dostawa 20 pasażerskich wagonów kolejowych z pierwszym i drugim przeglądem okresowym na poziomie P4 i dwoma przeglądami okresowymi na poziomie P3, po pierwszym i drugim roku eksploatacji oraz usługa ich finansowania. Wymagana przez zamawiającego wysokość finansowania, jaką zapewnić ma wykonawca wynosi około 80 000 000 PLN, przewidywany okres finansowania – około 10 lat, spłaty w kwartalnych równych ratach, początek spłat po dostawie wszystkich 20 wagonów. Zamawiający nie dopuszczał możliwości finansowania przedmiotu zamówienia w formie leasingu, lecz w formie zapewniającej przeniesienie własności zamawianych wagonów na zamawiającego bezpośrednio po ich dostawie i poniesienie kosztu w okresie kwalifikalności wydatków, tj. w terminie do 31 grudnia 2015 r.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców, tj. konsorcjum firm: FPW Invest Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Agencja Rozwoju Przemysłu S.A., (pożyczkodawca), H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych oraz konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., BRE Leasing Sp. z o.o. Zamawiający zaprosił obu wyżej wymienionych wykonawców do złożenia ofert wstępnych. Ofertę wstępną złożył wyłącznie wykonawca reprezentowany przez FPW Invest Sp. z o.o., którego nazwa została zmieniona na Polski Tabor Szynowy Sp. z o.o., a następnie po zakończeniu negocjacji, wykonawca ten złożył ofertę z ceną brutto 183 741 772,30 zł.

W trakcie kontroli ww. postępowania Prezes Urzędu wystąpił do zamawiającego z pytaniem, dlaczego połączył w jednym zamówieniu dostawę wagonów kolejowych z usługą ich finansowania. Na powyższe pytanie zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Zamawiający połączył w jednym postępowaniu dostawę wagonów oraz usługę finansowania, ponieważ doszedł do wniosku, że przeprowadzenie dwóch odrębnych postępowań nie jest możliwe. Wszczynając przedmiotowe postępowanie zamawiający dopuścił wszystkie możliwe sposoby częściowego sfinansowania zakupu wagonów, w szczególności takie jak uzyskanie pożyczki celowej lub kredytu na ich zakup, jak i leasing wagonów. [...] Dodatkowo należy wskazać, że dopiero w trakcie prowadzonego postępowania zamawiający zapoznając się i negocjując warunki umowy o dofinansowanie,

ze względu na możliwość uznania za kwalifikowane jedynie środków wydanych do 31.12.2015 r. podjął decyzję o wyłączeniu umowy leasingu z możliwych metod finansowania dostawy wagonów bowiem, nie dawała ona możliwości przejęcia na własność wszystkich 20 wagonów do tej daty”.

„[...] Zawarcie umowy pożyczki celowej jest zatem de facto wyłącznie sposobem na sfinansowanie konkretnego celu (dostawy wagonów), a zatem nie może być samo w sobie przedmiotem postępowania, bowiem nie może zostać „oderwane” od rzeczy będącej przedmiotem dostawy. Nie jest możliwe otrzymanie pożyczki celowej na współfinansowanie realizacji celu, jakim jest nabycie rzeczy bez wskazania tej rzeczy, czyli przedmiotu dostawy, bez wiedzy o cenie przedmiotu dostawy, a także bez wskazania źródła pozyskania pozostałych środków w przypadku współfinansowania. Nie jest możliwa także realizacja dostawy bez zagwarantowanego finansowania”.

„Wykonawca bez informacji o wymaganiach zamawiającego dotyczących finansowania zamówienia nie jest w stanie sporządzić swojej oferty, w szczególności zaproponować jej ceny [...]. Przeprowadzenie jednego postępowania gwarantuje, że wykonawca jest zainteresowany jednocześnie sprzedażą wagonów i udzieleniem Zamawiającemu dofinansowania, a Zamawiający unika ryzyk, które pojawiłyby się w sytuacji ewentualnego prowadzenia dwóch odrębnych postępowań:

- 1) braku możliwości określenia specyfikacji rzeczy, nabycie której stanowić ma ceł udzielanego kredytu;
- 2) braku możliwości określenia wysokości kredytu, o jaki ubiega się zamawiający;
- 3) braku możliwości uzależnienia zawarcia umowy dostawy wagonów od zawarcia umowy kredytu (i odwrotnie), co ma szczególne znaczenie w przypadku przedłużającej się procedury;
- 4) braku rozstrzygnięcia obu postępowań i możliwości zawarcia obu umów w tym samym czasie;
- 5) braku rozstrzygnięcia któregośkolwiek z postępowań przy jednoczesnym rozstrzygnięciu drugiego postępowania”.

„[...] Podsumowując powyższą analizę Zamawiający uznał, że:

1. Nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, którego efektem miałby być wyłącznie wybór leasingodawcy w „oderwaniu” od rzeczy będącej przedmiotem leasingu. Nie ma podstaw do zawarcia takiej umowy i zobowiązania leasingodawcy do przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego na dostawę rzeczy (wagonów), bowiem nie byłoby możliwe ustalenie istotnych warunków umowy leasingowej, jakimi są: wskazanie oznaczonej rzeczy, wskazanie oznaczonego zbywcy tej rzeczy oraz wskazanie ceny rzeczy.

2. Nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, którego efektem miałby być wyłącznie wybór kredytodawcy lub pożyczkodawcy w

„oderwaniu” od rzeczy będącej przedmiotem dostawy. Nie jest możliwe otrzymanie kredytu lub pożyczki celowej na współfinansowanie realizacji celu, jakim jest nabycie rzeczy bez wskazania tej rzeczy, czyli przedmiotu dostawy, bez wiedzy o cenie przedmiotu dostawy, a także bez wskazania źródła pozyskania pozostałych środków w przypadku współfinansowania.

3. Nie jest również możliwe przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, którego efektem miałby być wyłącznie wybór dostawcy rzeczy (wagonów), w „oderwaniu” od sposobu finansowania dostawy rzeczy. Nie ma podstaw do zawarcia takiej umowy (dostawy lub sprzedaży) przez zamawiającego, bowiem nie może on się zobowiązać do zapłacenia określonej ceny, skoro nie posiada środków na sfinansowanie dostawy rzeczy (wagonów).

4. Jedynym możliwym sposobem na nabycie rzeczy (wagonów) na podstawie umowy leasingu albo z jednoczesnym zawarciem umowy kredytu lub pożyczki celowej jest przeprowadzenie jednego postępowania, którego przedmiotem jest jednocześnie dostawa rzeczy (wagonów), a zawarcie umowy leasingu, umowy kredytu czy umowy pożyczki jest de facto metodą na sfinansowanie przedmiotowej dostawy”.

W pierwszej kolejności w swojej informacji o wyniku kontroli z dnia 14 stycznia 2015r Prezes Urzędu wskazał, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Dalej Prezes Urzędu motywował, że do powyższego odnosi się również zapis treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowiący, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, co oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań i wymogów, które mogłyby faworyzować określonych wykonawców, bądź które utrudniałyby lub uniemożliwiały ubieganie się o zamówienia określonym wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Przy czym naruszenie ww. przepisu następuje w sytuacji, gdy jedynie możliwe jest utrudnienie uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Prezes Urzędu stwierdził, że zasadniczo przepisy ustawy Pzp nie sprzeciwiają się nabyciu w ramach jednego postępowania dóbr różnego rodzaju, jednak udzielenie jednego zamówienia publicznego obejmującego swym przedmiotem świadczenia różnego rodzaju lub wykorzystywane do różnych celów, nie może powodować naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Prezesa Urzędu realizacja zamówienia wielorodzajowego, którego nabycie u jednego wykonawcy jest, co najmniej utrudnione lub niemożliwe, prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Co do zasady, zamawiający w jednym postępowaniu powinien nabywać określonego rodzaju świadczenia, jeśli zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę (element podmiotowy) i gdy posiadają one to samo lub podobne przeznaczenie lub funkcję, tzw. zamówienia tego samego rodzaju (element przedmiotowy). Ponadto, aby określonego rodzaju świadczenia możliwe były do uzyskania po przeprowadzeniu jednego postępowania, obok ww. przesłanek konieczne jest spełnienie dodatkowego warunku tj. istnienie związku funkcjonalnego i czasowego pomiędzy nabywanymi świadczeniami.

W ocenie Prezesa Urzędu taki związek zachodzi, gdy funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej. Natomiast zamówienia, które mają różne przeznaczenie i nie zachodzi możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę, co do zasady, powinny być traktowane, jako zamówienia odrębne, realizowane oddzielnie. Tym samym, zamawiający w ramach jednego postępowania powinien łączyć zamówienia obejmujące świadczenia, które posiadają podobne przeznaczenie i zachodzi możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę. W stosunku do nich powinien dokonać opisu przedmiotu zamówienia i oszacować ich wartość.

Według Prezesa Urzędu w przypadku przedmiotowego zamówienia na dostawę 20 pasażerskich wagonów kolejowych oraz zamówienie na usługę ich sfinansowania podstawowym kryterium decydującym o tym, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy z kilkoma odrębnymi, będzie dostępność świadczeń u jednego wykonawcy, a z analizy dokumentacji postępowania przeprowadzonej w trakcie kontroli oraz udzielonych wyjaśnień wynika, że przedmiotem postępowania są zamówienia wielorodzajowe, które ze względu na ich różnorodny charakter nie mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy.

Zdaniem Prezesa Urzędu oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu jeden wykonawca nie byłby w stanie samodzielnie złożyć oferty z uwagi na połączenie przez zamawiającego w jednym postępowaniu dwóch niezwiązanych ze sobą zamówień na dostawę i usługi, bowiem nie istnieje na rynku podmiot, który byłby zdolny do samodzielnego zrealizowania obydwu tych zamówień jednocześnie.

Przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu uczestniczyć mogły tylko konsorcja składające się co najmniej z dwóch wykonawców, z których jeden dostarczyłby wagony, a drugi byłby bankiem lub instytucją finansową posiadającą potencjał do sfinansowania przedmiotowej dostawy wagonów, a o powyższym świadczy również fakt, że zamawiający przygotował dwa odrębne projekty umów: na dostawę wagonów i na usługę ich sfinansowania.

Z tego względu – w opinii Prezesa Urzędu - opis przedmiotu zamówienia łączący dwa odmienne elementy, realizowane przez wykonawców z zupełnie różnych branż, skutkujący zobligowaniem wykonawców do nawiązania ze sobą współpracy i zawarcia konsorcjum, ograniczał krąg potencjalnych podmiotów, które mogły wziąć udział w postępowaniu i naruszał zasadę uczciwej konkurencji.

Ponadto, Prezes Urzędu zauważył, iż opis taki utrudniał udział w postępowaniu tym wykonawcom, którzy byli zdolni do samodzielnego złożenia oferty i realizacji zamówienia wyłącznie w zakresie dostawy wagonów albo wyłącznie w zakresie usług finansowych, tj. w sytuacji udzielania tych zamówień w odrębnych postępowaniach, natomiast nie zamierzali tworzyć konsorcjum z wykonawcą z całkiem innej branży i ponosić odpowiedzialności solidarnej za część zamówienia niepozostającą w żadnym związku z ich normalną działalnością zawodową.

Podkreślił przy tym, że wspólne występowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne jest w świetle zasad zamówień publicznych uprawnieniem wykonawców, niedopuszczalne jest natomiast zmuszanie ich do takiej formy ubiegania się o zamówienie.

Odnosząc się z kolei do wyjaśnień zamawiającego Prezes Urzędu stwierdził, że nie zawierają one argumentów uzasadniających opisanie przedmiotu zamówienia w ww. sposób utrudniający uczciwą konkurencję, z tego powodu w zakresie leasingu nie mają one istotnego znaczenia, ponieważ zamawiający ostatecznie nie dopuścił możliwości finansowania przedmiotu zamówienia w formie leasingu.

Co do pożyczki i kredytu nie zgodził się z argumentami zamawiającego, że dla wykonawcy dostawy wagonów znaczenie może mieć sposób ich finansowania, ponieważ – w ocenie Prezesa Urzędu - z punktu widzenia wykonawcy zamówienia w zakresie dostawy istotne jest bowiem, aby za należycie wykonaną dostawę otrzymać wynagrodzenie, niezależnie od tego, z jakich źródeł Zamawiający uzyska na nie środki.

Poza tym Prezes Urzędu wskazał, że możliwe było przed wszczęciem postępowania w sprawie zamówienia na dostawy zbadanie zdolności kredytowej zamawiającego, a następnie – w przypadku uzyskania pozytywnej informacji co do możliwości uzyskania kredytu (pożyczki) – wszczęcie najpierw postępowania w sprawie dostawy wagonów, a następnie - w trakcie tego postępowania po poznaniu ceny najkorzystniejszej oferty lub po jego zakończeniu – wszczęcie postępowania w celu uzyskania środków na sfinansowanie wagonów.

Natomiast, według Prezesa Urzędu połączenie w jednym zamówieniu dostawy wagonów oraz usługi finansowania skutkowało takim opisem przedmiotu zamówienia, który nie jest możliwy do wykonania w całości przez żadnego wykonawcę samodzielnie, co w konsekwencji utrudniało to wykonawcom ubieganie się o zamówienie, gdyż zmuszało w każdym przypadku do szukania innego wykonawcy: z branży usług finansowych lub z branży produkcji wagonów, z którym można było złożyć wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofertę, a ponadto zmuszało obu wykonawców występujących wspólnie do wzięcia odpowiedzialności solidarnej za oba elementy zamówienia (dostawy i usługę finansowania).

Prezes Urzędu przy tym zwrócił uwagę, że w ww. postępowaniu złożono tylko 2 wnioski, a następnie tylko jedną ofertę wstępną, skutkiem czego tylko jeden wykonawca został zaproszony do negocjacji, co mogło też mieć wpływ na jego pozycję negocjacyjną wobec zamawiającego.

Reasumując stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy w przedmiotowym postępowaniu nie było dopuszczalne, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, połączenie przez zamawiającego w jednym postępowaniu dostawy wagonów oraz usługi finansowania, a w konsekwencji zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Prezes Urzędu zalecił Zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ostatecznie Prezes Urzędu powiadomił Zamawiającego, iż stosownie do treści art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Z swojego uprawnienia skorzystał Zamawiający zgłaszając umotywowane zastrzeżenia w piśmie z dnia 21 stycznia 2015r.

W swoich zastrzeżeniach Zamawiający przedstawił obszerną argumentację dotyczącą poszczególnych zarzutów Prezesa Urzędu formułując wnioski końcowe.

Wyjaśnił, że z żadnych przepisów prawa krajowego lub europejskiego nie wynika zakaz łączenia wielu rodzajów świadczeń do wspólnego postępowania (wniosek nr I).

W ocenie Zamawiającego związek funkcjonalny pomiędzy dostawą wagonów a udzieleniem pożyczki/kredytu na jej sfinansowanie został udowodniony, bowiem dostawa wagonów nie może zostać zrealizowana bez uzyskania pożyczki/kredytu i odwrotnie – pożyczka/kredyt nie może zostać udzielony bez uzyskania przedmiotu dostawy (wniosek nr II).

Poza tym wskazał również, że przepisy europejskie oraz ustawa Pzp, jak również orzecznictwo krajowe i europejskie nie zakazują łączenia świadczeń do wspólnego przedmiotu zamówienia, a w szczególności, gdy są one nierozzerwalnie ze sobą związane (wniosek nr III pkt. 1).

Zwrócił również uwagę, że ustawa Pzp, dopuszcza możliwość łączenia zamówień wszystkich typów czy rodzajów, ustanawiając jedynie zasady określenia stosowności przepisów w przypadku zamówień wielorodzajowych. Jedynym ograniczeniem w zakresie łączenia zamówień jest sytuacja(jak wskazana w art.5 ustawy Pzp), w której jest to czynione w celu obejścia(uniknięcia stosowania) przepisów ustawy Pzp (wniosek nr III pkt. 2).

Nadto Zamawiający argumentował, że przeprowadzona przez niego, pod względem ryzyka roszczenia wykonawcy o zawarcie umowy dostawy, jak również niezbędnego czasu na przeprowadzenie postępowań, analiza możliwości przeprowadzenia dwóch niezależnych postępowań, powiązanych ze sobą nierozzerwalnie, wyeliminowała taką możliwość (wniosek nr IV).

Poza tym Zamawiający wskazał również, że nie można zgodzić się z postawionym zarzutem(wnioskami), że poprzez połączenie dostawy wraz z usługą finansowania w jednym postępowaniu zainteresowanie rynku było mniejsze lub, że naruszono przepisy swobody przedsiębiorczości lub swobodnego przepływu towarów bądź świadczenia usług (wniosek nr V).

Dodatkowo Zamawiający przedstawił argumentację dotyczącą konieczności wcześniejszego zweryfikowania sytuacji ekonomiczno - finansowej dostawcy wagonów twierdząc, że prowadzenie dwóch odrębnych postępowań umożliwia powyższą czynność.

Podniósł również okoliczność przekazania Prezesowi Urzędu w dniu 30 kwietnia 2013r.informacji o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż cztery lata w związku z wszczęciem postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem na wyłonienie wykonawcy zamówienia pn: „dostawa 20 pasażerskich wagonów kolejowych oraz usługę ich finansowania”.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia Prezes Urzędu pismem z dnia 4 lutego 2015 r. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, nie uwzględniając przedmiotowych zastrzeżeń dotyczących naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i podtrzymując dotychczasową argumentację.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 167 ust. 2 w związku z art.171 a ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, Prezes przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa, nie podzieliła stanowiska Prezesa w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w oparciu o granice zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa Urzędu wyrażone w informacji o wyniku kontroli uprzedniej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa Urzędu, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli nie znajdują uzasadnienia w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba w całej rozciągłości podzieliła argumentację z zastrzeżeń Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2015r.

Przede wszystkim, w ocenie Izby, Prezes Urzędu błędnie zastosował przepis art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem powyższa podstawa prawna na tle powołanego stanu faktycznego mogłaby stanowić oparcie dla zaleceń kontrolnych, jedynie w sytuacji, gdyby wybrany przez Zamawiającego tryb udzielenia zamówienia nie podlegał kontestacji Prezesa Urzędu.

W przedmiotowej sprawie, z jednej strony Prezes Urzędu przyznał wybrany przez Zamawiającego tryb postępowania negocjacji z ogłoszeniem, jednak z drugiej strony zarekomendował on podzielenie przedmiotowego zamówienia, co wskazuje na aprobatę przez niego wyboru trybu przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.

W opiniowanej sprawie w istocie Prezes Urzędu – w ocenie Izby - powołał pozornie podstawę prawną z art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dla podważenia możliwości zastosowania przez Zamawiającego jednego z równorzędnych trybów wymienionych w przepisie art.134 ust.1 ustawy Pzp (negocjacji z ogłoszeniem).

Wobec powyższej sytuacji, skoro Prezes Urzędu nie zakwestionował formalnie trybu negocjacji z ogłoszeniem, to mógł rozważać powyższe naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie w granicach tego trybu negocjacji z ogłoszeniem, jednak nie poprzez zalecenie zmiany przedmiotu zamówienia, która ze swej natury prowadziłaby do konieczności zorganizowania dwóch przetargów otwartych, stanowiąc

zaprzeczenie wybranego już przez Zamawiającego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do celowości powyższego podzielenia zamówienia, Izba nie podzieliła stanowiska Prezesa Urzędu, że realizacja zamówienia wielorodzajowego prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem, którego formalnie Prezes Urzędu nie zakwestionował, ze swej istoty ogranicza konkurencję i zawęża krąg potencjalnych wykonawców w stosunku do przetargów otwartych, a mimo tego ustawodawca w art.134 ust.1 ustawy Pzp unormował tryb negocjacji z ogłoszeniem, jako jeden z trzech równorzędnych trybów postępowania przy zamówieniach sektorowych.

Izba reprezentuje również pogląd, że samo opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie do realizacji różnych dostaw i usług nie stanowi o tym, że opis ten został dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Dla wykazania powyższej przesłanki z przepisu art.29 ust.2 ustawy Pzp konieczne jest udowodnienie czy nawet uprawdopodobnienie, że konkretne postanowienia SIWZ zawierają taki opis przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia lub utrudnia złożenie oferty w przez innego wykonawcę albo, że taki opis został przygotowany pod ofertę jednego wykonawcy, który złoży swoją ofertę, podczas gdy pozostali oferenci nie spełnią wymagań SIWZ z powodu takiego opisu.

W swojej kontroli Prezes Urzędu nie powołał się na żadne okoliczności faktyczne z rynku zamówień publicznych, które uzasadniałyby, nawet domniemanie dokonania przez Zamawiającego opisu mogącego utrudnić uczciwą konkurencję.

Powyższe działania Zamawiającego - w ocenie Izby - nie prowadziły do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, jak również do utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Izba dostrzegła istnienie wyraźnego związku pomiędzy zamówieniem dostawy wagonów a usługą jej finansowania, z tego powodu, że wykonanie tej usługi determinuje jednocześnie realizację dostawy i odwrotnie.

Z powyższych względów Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust.2 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....