

Nowy Sącz, 5 października 2009r

newag

S.A.

rok założenia 1876

MM/456/10/2009

Województwo Zachodniopomorskie
Urząd Marszałkowski Województwa
Zachodniopomorskiego w Szczecinie
Wieloosobowe Stanowisko ds. Zamówień Publicznych
Wydział Organizacji i Rozwoju Zasobów Ludzkich
ul. Piłsudskiego 40 - 42
70 - 421 Szczecin

dot. postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie i dostawę 10 sztuk autobusów szynowych o napędzie spalinowym wraz z możliwością udzielenia zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20 % wartości zamówienia podstawowego – znak sprawy WOIRZL - II/WW/3332/12/09.

Szanowni Państwo,

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłamy treść protestu na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie i dostawę 10 sztuk autobusów szynowych o napędzie spalinowym wraz z możliwością udzielenia zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20 % wartości zamówienia podstawowego – znak sprawy WOIRZL - II/WW/3332/12/09.

Z poważaniem

WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCJI I TECHNOLOGICZNY

Wiesław Piwowar

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

Zbigniew Konieczek

NEWAG S.A. 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3
tel. 018 449 63 60, fax 018 449 63 66, 018 449 61 44 e-mail: newag@newag.pl
KRS - 0000066315 Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie, Wydział XII Gospodarczy
NIP PL 7340009400 Kapitał zakładowy: 6.210.000 zł, Kapitał wpłacony: 6.210.000 zł

Nowy Sącz, 5 października 2009 r.

Województwo Zachodniopomorskie

Urząd Marszałkowski Województwa
Zachodniopomorskiego w Szczecinie
ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin

Wykonawca: NEWAG Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu,
ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz
Tel. +48 18 449 63 60
Faks +48 18 449 63 66

Zamawiający: Województwo Zachodniopomorskie
Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie
ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin
Tel.: 0 914 467 120
Faks: 0 914 467 185

PROTEST WYKONAWCY

NEWAG Spółka Akcyjna (dalej: „**NEWAG S.A.**”, „**Protestujący**”, „**Składający protest**”) jako Wykonawca posiadający kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: „**PZP**”) niniejszym składa protest na czynności Województwa Zachodniopomorskiego (dalej: „**Zamawiający**”) podjęte w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na „Wykonanie i dostawę 10 sztuk autobusów szynowych o napędzie spalinowym wraz z możliwością udzielenia zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20 % wartości zamówienia podstawowego”, ogłoszonego w „*Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej*” z dnia 23 września 2009 roku²

Protestujący swym protestem obejmuje postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „**SIWZ**”) w zakresie warunków

¹ Dz. U. 2004, Nr 19, poz. 177

² Dz. U./S S183

udziału w postępowaniu określonych w pkt III.2.1 ust. 5 ogłoszenia oraz pkt VIII ust. 5 SIWZ.

Składający protest zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 PZP w zw. z przepisami art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku - o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³ (dalej: „ZNKU”), poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim warunki te wykluczają możliwość uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotów, spełniających wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponujących potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które przed wszczęciem postępowania o udzielenie nie wykonały dostawy lub dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz podmioty które w ciągu ostatnich trzech lat nie wykonały i nie dostarczyły minimum sześciu autobusów szynowych o napędzie spalinowym.

Jednocześnie Protestujący wnosi o zmianę kwestionowanych: pkt III.2.1 ust. 5 ogłoszenia oraz pkt VIII ust. 5 SIWZ przez zastąpienie tekstu:

„Warunkiem szczególnym w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia jest wykazanie, że Wykonawca legitymuje się wykonaniem dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem, wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż w ciągu ostatnich trzech lat wykonał i dostarczył minimum sześć autobusów szynowych o napędzie spalinowym.”,

wymogiem o następującej treści:

„w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali dostawę lub dostawy obejmującą/e minimum trzy pojazdy szynowe”.

Powyższe narusza interes prawny Protestującego.

³ Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.



Uzasadnienie

Na wstępie Protestujący wskazuje, iż posiada interes prawny do złożenia niniejszego protestu. Interes ten doznał uszczerbku w wyniku działań Zamawiającego polegających na naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 PZP w zw. z przepisami art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ZNKU. NEWAG S.A. jest podmiotem działającym na rynku dostawy pojazdów szynowych, mogącym ubiegać się o wykonanie przedmiotowego zamówienia w związku z faktem, iż dostarcza on nowe oraz zmodernizowane pojazdy szynowe. Składający zaznacza, że gdyby nie doszło do antykonkurencyjnego działania Zamawiającego, polegającego na naruszeniu przez niego wskazanych przepisów PZP i ZNKU, mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta mogłaby zostać wybrana.

1. Podstawowe zasady prawa zamówień publicznych

Rozdział 2 działu I PZP wskazuje zasady udzielania zamówień stanowiące generalne reguły, mające szeroki zasięg oddziaływania i przenikające całe postępowanie o udzielenie zamówienia, bez względu na rodzaj zamówienia, tryb jego udzielenia czy stosowanie przepisów szczególnych. W przypadku wątpliwości co do interpretacji poszczególnych przepisów prawa zamówień publicznych należy odnosić się do zasady udzielania zamówień jako elementów konstrukcyjnych postępowania. Do fundamentalnych zasad należą zawarte w art. 7 ust. 1 PZP zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców. Zasady te mają przede wszystkim na celu zapewnienie efektywnego i gospodarczego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania⁴.

W momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej zasady te nabrały większego znaczenia. Stosowane są nie tylko do wykonawców krajowych, ale także zapewniają przestrzeganie odpowiednich aktów prawa wspólnotowego oraz dokumentów wspólnotowych.

a) Zasada uczciwej konkurencji

Fundamentem prawa zamówień publicznych jest zasada przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający

⁴ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex, 2007, wyd. III

zachowanie uczciwej konkurencji, która powinna być interpretowana w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności w świetle art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU⁵ (zob. uwagi pkt 3 lit. c). Obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji spoczywa na Zamawiającym i znajduje swój wyraz zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania oraz odnosi się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych.

W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje dotyczące przedmiotu zamówienia oraz warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego. Na etapie ich określania może dojść bowiem do zbytowego zawężenia kręgu wykonawców, co w efekcie spowoduje ograniczenie wzajemnej konkurencyjności. Zachowaniu konkurencji ma służyć wiele rozwiązań mających na celu, z jednej strony dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, z drugiej w przypadku dopuszczalnego ograniczenia konkurencji poprzez zastosowanie trybów nieprzetargowych. PZP wyraźnie wskazuje, że ograniczenie konkurencji jest wyjątkiem od generalnej zasady i może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych przez prawo zamówień publicznych.

b) Zasada równego traktowania wykonawców

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że wykonawcy powinni być traktowani jednakowo na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same w odniesieniu do wszystkich podmiotów. Oczywiście wskazana zasada nie znajdzie zastosowania w postępowaniach, w których będzie brał udział tylko jeden podmiot.

2. Obowiązki Zamawiającego w świetle art. 22 PZP

Przepis art. 22 PZP określa warunki, jakie musi spełniać każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne. Należą do nich:

- posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
- posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia

⁵ Wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z 08.02.2006 r. UZP/ZO/0-303/06



pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia,

- znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia,
- nie podleganie wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania, i musi być precyzyjnie określona już w treści ogłoszenia⁶. Istotne jest, aby warunki udziału w postępowaniu były zgodne z przedmiotem zamówienia.

Przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 PZP można nazwać przepisami blankietowymi⁷, gdyż właściwą treścią powinien je wypełnić zamawiający, precyzując swoje oczekiwania w zakresie kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy. Jednocześnie ustawodawca wprowadził pewne ograniczenie w art. 22 ust. 2 PZP, nakładając na zamawiających obowiązek określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponowne odwołanie się do wymienionej już w art. 7 ust. 1 PZP zasady podkreśla zarówno jej wagę, jak i wagę samego art. 22 PZP. Celem ust. 2 jest sformułowanie warunków w granicach, jakie wyznacza przedmiot i wartość zamówienia. Przepis art. 22 ust. 2 PZP odwołuje się do wszelkich sytuacji, w których za sprzeczne z prawem zostanie uznane takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Oczywiście zakaz zawarty we wskazanym przepisie nie oznacza nakazu dopuszczania wykonawców do udziału w przetargu bez dokonania ich kwalifikacji. Chodzi przede wszystkim o wyznaczenie pewnego minimum poziomu potencjału osobowego, finansowego, ekonomicznego, technicznego oraz doświadczenia, jak wskazano powyżej uzależnionego od przedmiotu zamówienia, jego wartości przy uwzględnieniu rynku właściwego⁸.

Istotne jest przede wszystkim, aby dany warunek doświadczenia analizowany był z punktu widzenia naruszenia konkurencji indywidualnie w stosunku do okoliczności faktycznych danej sprawy oraz rynku jakiego dotyczy. Warunek, który w jednym przypadku zostanie uznany za zgodny z PZP w innym przypadku może zostać uznany za naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

⁶ Wyrok KIO z 28.01.2009 r., KIO/UZP 60/09

⁷ Wyrok KIO z 27.02.2009 r., KIO/UZP 162/09

⁸ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Lex, 2007, wyd. III



3. Naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców

Dla stwierdzenia naruszeń podstawowych zasad prawa zamówień publicznych należy przeprowadzić dokładną analizę struktury rynku, na którym Zamawiający ogłosił przetarg, tj. krajowym rynku dostawy SZT. Tylko w ten sposób, można stwierdzić, czy wprowadzone przez Zamawiającego warunki, kwestionowane przez Składającego protest sprzeczne są z przepisami art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 PZP.

a) Opis rynku dostawy SZT

Rynek dostaw pojazdów szynowych

Jednym z pojazdów oferowanych przez spółkę PESA S.A. jest autobus szynowy, zwany inaczej Spalinowym Zespołem Trakcyjnym (SZT). Rzeczoną jednostkę zdefiniować można jako „*pociąg złożony z dwu lub więcej wagonów (członów), z których przynajmniej jeden wyposażony jest we własny napęd spalinowy i które nie są rozłączane podczas eksploatacji. Przystosowany jest do przewozu pasażerów. Zespół trakcyjny zazwyczaj zdolny jest do zmiany kierunku jazdy bez zmiany czoła dzięki wyposażeniu w kabiny sterownicze na obu końcach. Spalinowe zespoły trakcyjne w większości są wykorzystywane na liniach niezelektryfikowanych do obsługi lokalnej komunikacji pasażerskiej*”⁹. Zbliżonymi (i również znajdującymi się w asortymencie PESA S.A.) pojazdami są EZT, czyli Elektryczne Zespoły Trakcyjne, definiowane jako „*samojezdne pojazdy trakcyjne, z reguły wielocłonowe, z przedziałami pasażerskimi i kabinami sterowniczymi. Do ich rozruchu wykorzystywana jest energia elektryczna pobierana z sieci zasilającej*”¹⁰.

Wymienione pojazdy, prócz kilku szczegółów natury technicznej nie różnią się od siebie znacząco. Owe odmienności przejawiają się głównie w zakresie kwestii związanych z napędem. I tak różnice pomiędzy EZT a SZT odnaleźć można np. w przekładniach odpowiedzialnych za przełożenie siły z napędu na koła. Nieco inny będzie również proces montażowy silnika elektrycznego, inny zaś spalinowego – w przypadku tego ostatniego, ze względu na konieczność zredukowania silniejszych niż przy silniku elektrycznym drgań, dodatkowym elementem są gumowe i teflonowe wytłumienia.

⁹ źródło: http://pl.wikipedia.org/wiki/Spalinowy_zespól_trakcyjny

¹⁰ źródło: <http://www.pkp.pl/node/191>



Wskazane wyżej różnice nie są, jak widać, znaczące. Zarówno SZT, jak i EZT wykorzystywane są do świadczenia tych samych usług, tj. transportu osobowego, głównie na trasach lokalnych, obejmujących odcinki pomiędzy sąsiednimi miejscowościami. Również proces produkcyjnym w przypadku obu pojazdów jest, pomijając drobne szczegóły natury technicznej, analogiczny. Wreszcie zaznaczyć należy, że podmioty oferujące SZT mają w swym asortymencie również EZT. Dotyczy to zarówno PESA S.A. jak i Składającego Protest. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić można, iż w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z krajowym rynkiem dostaw pojazdów szynowych.

Usługa dostawy SZT

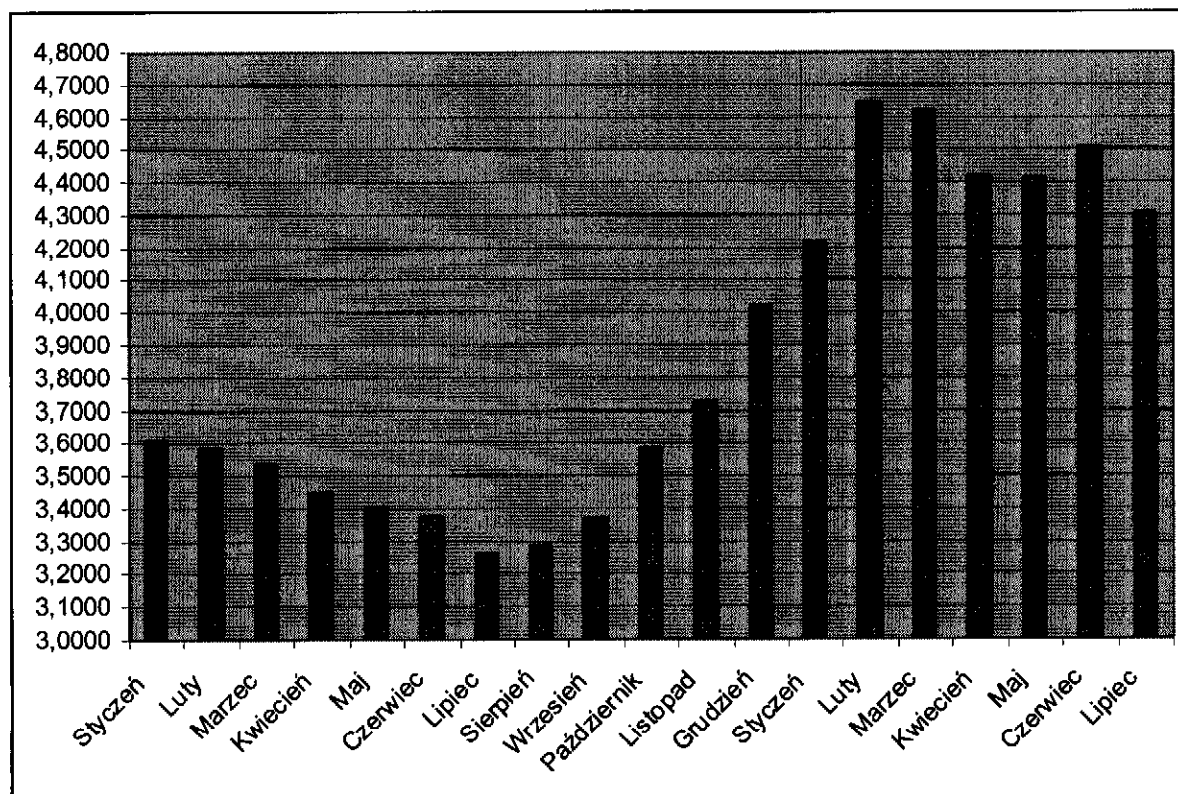
Próby zaistnienia w sektorze spalinowych zespołów trakcyjnych, czynione przez producentów spoza RP pozostają bezskuteczne. W przypadku wykonawców z zagranicy, zaznaczenia wymaga, iż żaden z przetargów na dostawy nowych SZT, organizowanych w latach 2002 – 2009 nie został rozstrzygnięty na ich korzyść. Wskazany tu utrudniony dostęp wykonawców zagranicznych jest bezpośrednim skutkiem istotnych różnic w cenach pomiędzy ofertami składanymi przez przedsiębiorców krajowych i spoza RP. Powodów takiego stanu rzeczy upatrywać można w kilku czynnikach.

Przede wszystkim zaznaczyć należy, iż producenci krajowi, w odróżnieniu od tych z zagranicy, dysponują na terenie RP fabrykami oraz serwisami. W obliczu faktu, iż *obligum* dokonywania napraw przez wykonawcę zamówienia stanowi niejednokrotnie jeden z wymogów, od których uzależnia się wygranie przetargu, brak odpowiednich zakładów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej zwiększa automatycznie koszty stałe. Na wyższe, w stosunku do polskich spółek, ceny usług oferowanych przez obcokrajowców wpływają ponadto wyższe koszty pracy, podwykonawstwa, czy też droższe materiały zagranicą. Nie bez znaczenia pozostają tu również różnice techniczne wpływające na proces produkcyjny (jak np. różnice w wysokościach peronów w Polsce i w innych krajach UE, gdzie panuje względna unifikacja), czy też odmienności w organizacji między spółkami polskimi i zagranicznymi, posiadającymi, jako funkcjonujące dłużej na rynku, bardziej rozbudowaną strukturę. Należy również pamiętać, iż zamówienia składane i realizowane na terenie innych państw UE opiewają z reguły na kwoty dużo wyższe niż w przypadku przetargów ogłaszanych w Polsce, często więc uczestnictwo producentów zagranicznych w przetargach organizowanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie jest dla nich opłacalne. Wysokość cen towarów oferowanych przez zagranicznych przedsiębiorców uzależniona jest również od innej istotnej kwestii, jaką są bariery językowe. Zgodnie bowiem z art. 9 ust. 2 PZP „*postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim*”. Zmusza to przedsiębiorcę zagranicznego do skorzystania z usług tłumacza



przysięgłego, co dodatkowo podwyższa koszty stałe. Prócz tego obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim sprawia, iż wniesienie, w przypadku ewentualnych nieprawidłowości w przetargu, zgodnie z art. 180 PZP, protestu, czy też, na podstawie art. 184 PZP, odwołania od rozstrzygnięcia protestu, jest o wiele trudniejsze dla producentów z innych państw, z racji krótkich terminów. Na wysokość cen towarów znajdujących się w ofercie producentów z innych państw członkowskich UE wpływ mają ponadto fluktuacje kursu Euro w Polsce. Wzrost tej waluty odnotowany w okresie od lipca 2008 do lutego 2009 r. spowodował, że zostali oni praktycznie wyeliminowani z rywalizacji w 2008 i 2009 r., wysoki bowiem kurs znacznie podniósł ceny elementów składowych pojazdów kolejowych oraz koszty pracy.


Wykres 1. Średnioważony kurs waluty EURO w złotych liczony za poszczególne miesiące w 2008 i 2009 roku



Źródło: na podstawie danych dostępnych na stronie internetowej Narodowego Banku Polskiego http://www.nbp.pl/home.aspx?f=/kursy/kursy_archiwum.html

Udział PESA S.A. krajowej produkcji SZT

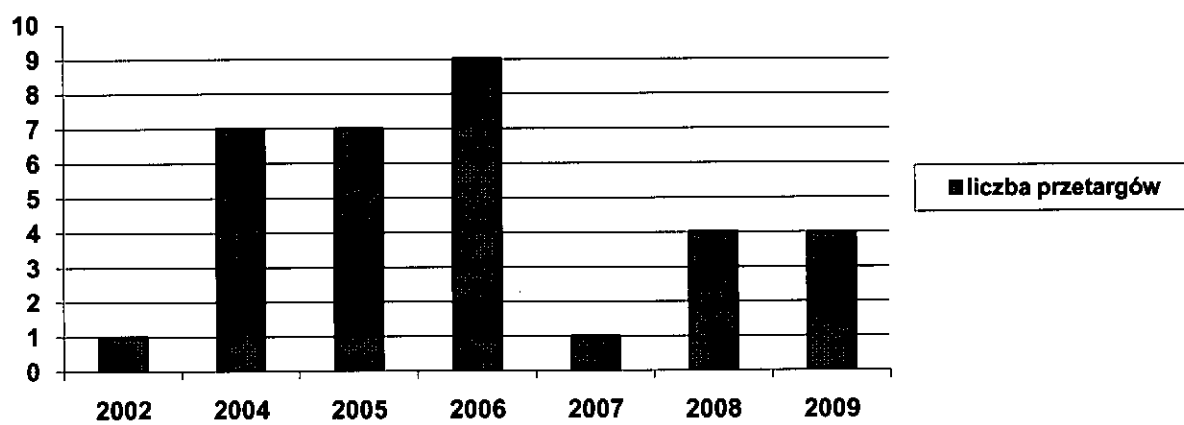
Na wstępie zaznaczyć należy, iż pomimo jawności informacji dotyczących produkcji SZT związanych z poszczególnymi przetargami, nie istnieje możliwość zgromadzenia ich w całości. Z tego też względu dane, na których oparta jest poniższa analiza nie są kompletne. Nie ma to jednak, co wykazane zostanie w dalszej części pisma, wpływu na



wnioski końcowe. Konkluzje bowiem oparte zostały na tych informacjach, które udało się pozyskać.

I tak w latach 2002 – 2009 przeprowadzone zostały na terenie Rzeczypospolitej Polskiej 33 przetargi na dostawy ogólnie 119 SZT.

Wykres 2. Ilość przetargów na dostawy SZT w latach 2002 – 2009



Źródło: własne obliczenia

Tabela 1. Przetargi na dostawy SZT w latach 2002 - 2009 (z wyszczególnieniem wykonawców oraz rozstrzygnięć poszczególnych przetargów)

UMW Kujawsko - Pomorskiego	Brak danych - umowa podpisana w 2002	8	Brak danych	Brak danych	PESA S.A.	Koniec 09.2006
UMW Podlaskiego Sygn. post. 2004/S 152-131755	06.08.2004	3	1	14.610.000,00 PLN	ZNTK Poznań S.A.	Brak danych
UMW Wielkopolskiego Sygn. post. 2004/S 156-135444	12.08.2004	2	1	9.338.360,00 PLN	ZNTK Poznań S.A.	Koniec 10.2005
UMW Zachodniopomorskiego Sygn. post. 2004/S 178-152591	11.09.2004	3	3	Najtańsza oferta: 10.500.000,00 PLN / Najdroższa oferta: 10.900.000,00 PLN	PESA S.A.	Koniec 09.2005
UMW Lubelskiego Sygn. post. 2004/S 186-158581	23.09.2004	2	2	7.780.000,00 PLN	PESA S.A.	Koniec 11.2005
UMW Dolnośląskiego Sygn. post. 2004/S 191-162761	30.09.2004	2	3	9.300.000,00 PLN	PESA S.A.	Koniec 09.2005

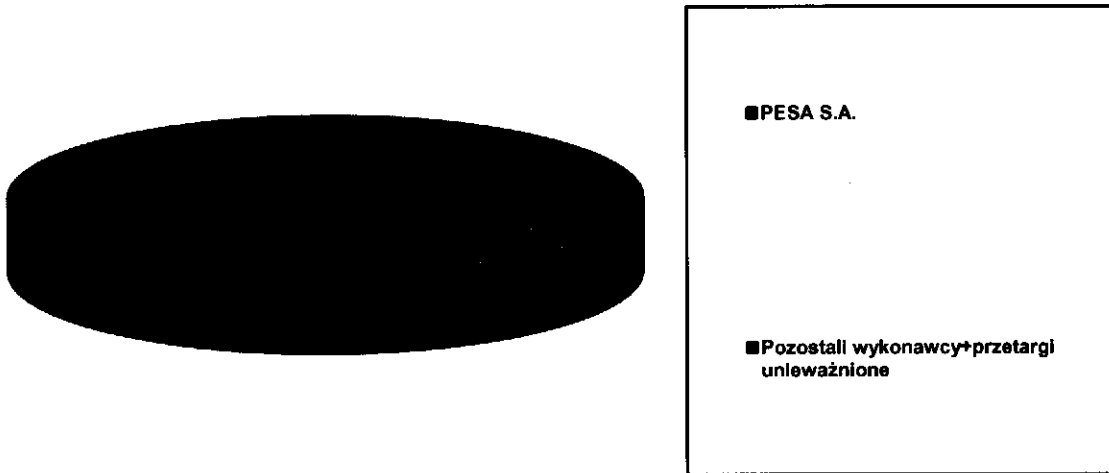
UMW Małopolskiego Sygn. post. 2004/S 192-163744	01.10.2004	2	3	8.900.000,00 PLN	PESA S.A.	Koniec 08.2005
UMW Świętokrzyskiego Sygn. post. 2004/S 235-202243	02.12.2004	2	2	Najtańsza 10.200.000,0 0 PLN/ Najdroższa 10.540.000,0 0 PLN	PESA S.A.	Koniec 09.2005
UMW Podkarpackiego ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2005/S 12-010969	18.01.2005	2	3	Najtańsza oferta: 7.860.000,00 PLN / Najdroższa oferta: 9.960.000,00 PLN	PESA S.A.	Brak danych
UMW Wielkopolskiego Sygn. post. 2005/S 28-027024	09.02.2005	1		Brak danych	Brak danych	Koniec 10.2005
Województwo Łódzkie Sygn. post. 2005/S 48-046294	09.03.2005	1	2	9.950.000,00 PLN	PESA S.A.	Koniec 04.2006
UMW Pomorskiego Sygn. post. 2005/S 141-140244	23.07.2005	2		Brak danych	Brak danych/ Przetarg nierozstrzygnięty	Koniec 06.2006
UMW Lubelskiego Sygn. post. 2005/S 143-142685	27.07.2005	1	3	2.465.902,00 PLN	PESA S.A.	Koniec 05.2006
UMW Wielkopolskiego Sygn. post. 2005/S 170-169104	03.09.2005	2	2	3.418.879 EUR z VAT	PESA S.A.	Koniec 05.2006
UMW Kujawsko – Pomorskiego Sygn. post. 2005/S 233-229921	03.12.2005	5		Brak danych	Przetarg nierozstrzygnięty	Koniec 01.2007
UMW Lubuskiego Sygn. post. BIP nr 049 pz. 10433	24.02.2006	4	2	24.500.000,0 0 PLN	PESA S.A.	Koniec 03.2008
UMW Małopolskiego Sygn. post. 2006/S 44-046358	04.03.2006	6 (4EZT)	1	45.013.218,3 8 PLN	PESA S.A.	120 miesięcy (leasing 10 lat)
UMW Pomorskiego Sygn. post. 2006/S 53-055331	17.03.2006	3	1	17.430.000,0 0 PLN	PESA S.A.	koniec 12.2006
UMW Kujawsko – Pomorskiego Sygn. post. 2006/S 59-061437	25.03.2006	5	2	22.500.000,0 0 PLN	PESA S.A.	Koniec 03.2007
UMW Podlaskiego Sygn. post. 2006/S 61-063538	29.03.2006	2	2	9.800.000,00 PLN	PESA S.A.	Koniec 09.2006
UMW Opolskiego Sygn. post. 2006/S 62-064508 (wstępne)	30.03.2006	1	1	5.450.000,00	PESA S.A.	Brak danych
UMW Dolnośląskiego Sygn. post. 2006/S 63-065476	31.03.2006	8	Brak danych	Brak danych	Przetarg nierozstrzygnięty	Koniec 05.2008
UMW Warmińsko – Mazurskiego Sygn. post. 2006/S 141-151724	27.07.2006	1	1	4.420.000,00 PLN	PESA S.A.	4 miesiące
UMW Wielkopolskiego Sygn. post. 2006/S 163-175528	29.08.2006	8	1	49.600.000,0 0 PLN	PESA S.A.	Koniec 03.2008

UMW Dolnośląskiego Sygn. post. 2007/S 68-082962	06.04.2007	8	1	46.535.000,0 0 PLN	PESA S.A.	Koniec 04.2008
UMW Małopolskiego Sygn. post. 2008/S 39-053727 (woj)	26.02.2008	Brak danych	Brak danych	Brak danych	Brak danych	Koniec 04.2007
UMW Opolskiego Sygn. post. 2008/S 47-064994	07.03.2008	5	1	34.450.000,0 0 PLN	PESA S.A.	Koniec 11.2010
UMW Wielkopolskiego Sygn. post. 2008/S 105-140879	31.05.2008	2	1	13.780.000,0 0 PLN	PESA S.A.	Koniec 12.2008
UMW Kujawsko – Pomorskiego Sygn. post. 2008/S 168-225693	30.08.2008	5	1	19.400.000,0 0 PLN	PESA S.A.	8 miesięcy
UMW Warmińsko – Mazurskiego Sygn. post. 2009/S 24-034621	05.02.2009	3	1	23.141.700,0 0 PLN	PESA S.A.	Koniec 06.2010.
UMW Dolnośląskiego Sygn. post. 2009/S 150-219692	07.08.2009	9	Brak danych	Brak danych	Postępowanie przetargowe w trakcie	Koniec 11.2011
UMW Lubelskiego Sygn. post. 2009/S 179-257180	17.09.2009	5	Brak danych	Brak danych	Postępowanie przetargowe w trakcie	Koniec 06.2011
UMW Zachodniopomorskiego Sygn. post. 2009/S 183-263619	23.09.2009	10 +20%	Brak danych	Brak danych	Postępowanie przetargowe w trakcie	Koniec 11.2012

Zgodnie z przedstawionym zestawieniem na 33 przeprowadzone w latach 2002 - 2009 przetargi, aż 23 rozstrzygnięte zostały na korzyść PESA S.A. Z ogólnej, wynoszącej łącznie 119, liczby SZT zamówionych w drodze przywołanych wyżej przetargów, wykonawcą 74 jak dotąd jest PESA S.A. Zaznaczyć należy również, iż, zgodnie z posiadanymi danymi, ostatni przetarg wygrany przez inny podmiot (tj. ZNTK Poznań S.A.) ogłoszony został 12 sierpnia 2004 r.

Wskazane wyżej wyniki plasują spółkę PESA S.A. na pozycji lidera wśród podmiotów z przedmiotowej branży, jej udział w sektorze dostaw SZT jest bezsprzecznie największy.

Wykres 3. Udział podmiotów w sektorze dostaw SZT na podstawie stosunku między ilością na którą w sumie rozpisane były przetargi a liczbą wykonywanych w ramach zamówień realizowanych przez poszczególne podmioty



Źródło: własne obliczenia

Podkreślenia wymaga, iż osiągnięcie przez PESA S.A. wskazanego wyżej, wynoszącego ok. 62%, udziału w sektorze dostaw SZT jest bezpośrednim następstwem wygrania przez spółkę rzeczonych przetargów.

Wygrane te z kolei związane są z faktem, iż SIWZ, które na podstawie art. 36 PZP określają wymagania, jakim sprostać musi wykonawca, wskazują, jako jedno z kryteriów, doświadczenie. Doświadczenie to liczone jest od daty dostawy zrealizowanej przez danego producenta. W rezultacie podmiot, który przegrał dany przetarg ma mniejsze szanse na otrzymanie zamówienia, czy wręcz dopuszczenie do przyszłych przetargów.

Ów warunek doświadczenia przejawiać się ma, zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia sporządzoną w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 206.000 Euro na wykonanie i dostawę 10 sztuk autobusów szynowych o napędzie spalinowym dla Województwa Zachodniopomorskiego wraz z możliwością udzielenia zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego, w spełnieniu wymogu wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostaw, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, minimum sześciu autobusów szynowych o napędzie spalinowym.

Dowód:

- *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 206.000 Euro na wykonanie i dostawę 10 sztuk autobusów szynowych o napędzie spalinowym dla Województwa Zachodniopomorskiego wraz z możliwością udzielenia zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego (WOiRZL-II/WW/3332/12/09) – zał. nr 1*

Mając na uwadze powyższe warunki oraz stosunkowo niską częstotliwość ogłaszanych przetargów na dostawy SZT przyjąć trzeba ponadto, że uzależnianie przydzielenia zamówienia w ramach danego przetargu od kryterium doświadczenia powoduje eliminację konkurencji na rynku. Prócz naruszenia przepisów prawa konkurencji, prowadzi to do sytuacji, w której podmiot (w przypadku analizowanego stanu faktycznego – PESA S.A.) spełniający, w danym przypadku jako jedyny, rzeczony wymóg, może narzucać ceny wygórowane w stosunku do cen oferowanych w przetargach, w których uczestniczyli również inni przedsiębiorcy. W rezultacie mamy do czynienia z sytuacją, gdy to zamawiający, poprzez sformułowanie omawianego wymogu w określony sposób, generuje dodatkowe, bezpodstawne koszty zamówienia, co, w odniesieniu do osób odpowiedzialnych za działania zamawiającego, nosi znamiona czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części niniejszego Protestu.

Trzeba stanowczo stwierdzić, iż owe kryterium doświadczenia, zawarte w SIWZ opracowanych w związku z omawianym przetargiem, sformułowane zostało w sposób nieracjonalny i bezzasadny. Nie istnieje bowiem, tak z technicznego jak i ekonomicznego punktu widzenia, żaden argument przemawiający za przyjęciem, by wymagane doświadczenie przejawiało się właśnie w sposób określony we wskazanych wyżej SIWZ. Co więcej podkreślić trzeba, iż takie sformułowanie rzeczowego wymogu nosi znamiona konstrukcji stworzonej specjalnie dla PESA S.A., gdyż tylko ta spółka zdolna jest mu sprostać.

Dalej, porównując ceny jednostkowe SZT oferowanych przez PESA S.A. w poszczególnych przetargach bez trudu można zauważyć, iż w przypadku tych spośród przedstawionych wyżej przetargów, gdzie w SIWZ zamieszczono, sformułowany w podobny lub identyczny sposób, opisany wcześniej warunek doświadczenia, i w związku z tym zamówienia, jako jedynemu spełniającemu je producentowi, przyznawane były spółce PESA S.A., mamy do czynienia z cenami rażąco wygórowanymi (w porównaniu do przetargów, gdzie ze względu na inną treść SIWZ, udział brali też inni wykonawcy). Wysoka specjalizacja,

którą narzuca się w wymaganiach technicznych powoduje, iż producent (w przedmiotowym stanie faktycznym PESA S.A.), po przeforsowaniu wprowadzenia takiego rygoru do SIWZ, wyklucza pozostałe firmy z postępowania. Takie sztuczne ograniczanie rynku wiąże się z wyższymi cenami monopolisty, który, jak wykazano, narzuca innym warunki, zgarniając tym samym coraz większe doświadczenie. Omawiana, nietrafna konstrukcja kryterium doświadczenia, pozwala więc spółce PESA S.A. dopuszczać się rażących nadużyć i naruszeń prawa konkurencji, wpływających negatywnie na rynek i interes zamawiającego, będący w przedmiotowym stanie faktycznym interesem publicznym.

Kolejną patologiczną sytuacją, powiązaną bezpośrednio z pozycją zajmowaną przez PESA S.A. w sektorze dostaw SZT, wynikającą z faworyzującego spółkę sformułowania warunku doświadczenia, jest stosowanie przez nią subsydiowania skrośnego. Technika ta polega na pokrywaniu kosztów powstałych na danym rynku, a związanych z zaniżaniem cen niektórych usług, przychodami uzyskanymi na innym rynku, co prowadzi do osiągnięcia dominacji na pierwszym z wymienionych rynków.

W omawianym stanie faktycznym PESA S.A., wykorzystując środki uzyskane m.in. z zawyżonych cen w ramach wygranych „bezkonkurencyjnie” przetargów na dostawę SZT, zaniżała wynagrodzenia za oferowane przez siebie usługi w zakresie napraw wagonów osobowych, tym samym skutecznie eliminując konkurencję. O wymiarze tego procederu świadczyć może fakt, iż niektóre z czynności naprawczych wyceniane były na 0 PLN, co nie było wykonalne dla innych przedsiębiorców startujących w danych przetargach.

Dowód:

- *Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych będący załącznikiem Nr 2.1. do oferty PESA S.A. przetarg 2009/S 67-097015 – zał. nr 2*
- *Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych będący załącznikiem Nr 2.1. do oferty Cegielski Poznań przetarg 2009/S 67-097015 – zał. nr 3*
- *Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych będący załącznikiem Nr 2.1. do oferty TS „Opole” przetarg 2009/S 67-097015 – zał. nr 4*

Nie ulega wątpliwości, że żaden racjonalnie działający przedsiębiorca nie oferuje swoich usług za wskazaną wyżej cenę. Nie tylko bowiem nie przynosi ona żadnego zysku, ale wręcz naraża producenta na stratę. Przyjęcie jednak takiej polityki cenowej przez PESA

S.A., przy wykorzystaniu środków pochodzących z dostaw SZT, pomaga spółce wygrywać kolejne przetargi na naprawę wagonów, co w dłuższej perspektywie pozwoli jej wyeliminować pozostałych konkurentów.

Parametry techniczne SZT

Określony w wyżej wymieniony sposób warunek doświadczenia jest bezzasadny również ze względu na fakt, iż SZT produkowane przez PESA S.A. nie różnią się co do zasady od znajdujących się w asortymencie innych producentów. Wykazać to można w oparciu o sporządzoną przez NEWAG S.A. charakterystykę SZT, do którego wyprodukowania spółka dysponuje odpowiednim doświadczeniem i zapleczem technicznym, zgodną z wymogami określonymi w SIWZ, przygotowanej w ramach przetargu na zakup autobusów szynowych dla Samorządu Województwa Dolnośląskiego (dostawy oznaczone kodem CPV: 34.62.00.00-9). Do przetargu tego, jako potencjalny oferent, prawdopodobnie stanie również PESA S.A., analogicznie więc parametry te zgodne muszą być z poniższymi. Skoro więc dany podmiot jest w stanie wyprodukować SZT odpowiadający swymi parametrami wymaganiom określonym w SIWZ sporządzonym w ramach danego przetargu, uzależnianie dopuszczenia do postępowania od, określonego w wyżej wskazany sposób, warunku doświadczenia, jest bezzasadny.

Tabela 2. Wybrane parametry zawarte w sporządzonej przez NEWAG S.A. charakterystyce SZT, do którego wyprodukowania spółka dysponuje odpowiednim doświadczeniem i zapleczem technicznym, opartej na wymogach określonych w SIWZ sporządzonej w ramach przetargu na zakup autobusów szynowych dla Samorządu Województwa Dolnośląskiego (dostawy oznaczone kodem CPV: 34.62.00.00-9)

Szerokość toru	1.435 mm
Długość	27.940 mm / 46.130 mm
Wysokość wagonu	4 158 mm
Szerokość wagonu	2 834 mm
Rozstaw czopów skrzętu wagonu	14.700 mm/16.445 mm
Masa pojazdu próżnego	~41 t/~77 t
Maksymalna masa brutto pojazdu	~60 t/~107 t
Maksymalny nacisk na tor	<16,5 t/ 18,0 t
Drzwi wejściowe dla pasażerów	Boczne odskokowo-przesuwne

- liczba	4 (2 na stronę)/ 8 (4 na stronę)
- szerokość	1 300 mm
Szerokość przejścia w części pasażerskiej	800 mm
Wysokość podłogi	600 mm, 1130 mm
Eksploatacyjny zakres temperatur otoczenia	od -30°C do +40°C
Maksymalna prędkość eksploatacyjna	140 km/h
Norma emisji spalin	UIC Stage IIIA (etap IIIA)
Przyspieszenie rozruchu	ok. 0.6 m/s ²
Układ osi	Bo'2'/ Bo'2'Bo'
Rozstawienie osi zestawów kołowych wózków	2 500 mm
Temperatura pracy:	Od - 30°C do + 40°C
Największe wzniesienie, przy którym autobus winien ruszyć z pełnym obciążeniem	30‰
Sprzęg czołowy	Śrubowy
Sprzęg międzywagonowy	Sprzęg półstały
Hamulec zasadniczy	Elektropneumatyczny
Hamulec postojowy	Sprężynowy Zapewniający postój max obciążonego pociągu na pochyleniu 50 ‰
Okładziny cierne hamulca tarczowego	Bezazbestowe
Droga hamowania z prędkości maksymalnej (hamowanie z udziałem hamulca szynowego)	max. 500 m

Dowód:

- *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia sporządzona w ramach przetargu na zakup autobusów szynowych dla Samorządu Województwa Dolnośląskiego (dostawy oznaczone kodem CPV: 34.62.00.00-9) – zał. nr 5*

Zaznaczenia wymaga, iż o ile nie istnieje pojęcie standardowego SZT, o tyle podwozie (tj. wózki i ostoja) musi być powtarzalne ze względu na parametry trakcyjne linii kolejowych, które limitują pośrednio, ze względu na promień skrętu, długość pojazdów. Szerokość pudeł również podlega standardom, określonym w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 roku w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych¹¹, w związku z czym nie ma w tym zakresie różnic pomiędzy ofertami poszczególnych producentów.

Konkretne odmienności w parametrach, związane np. z konfiguracją okien, drzwi, wyposażenia, miejsc (siedzących, stojących, dla osób niepełnosprawnych, do przewozu rowerów), prędkością maksymalną, czy wysokością pojazdu w strefie wejścia, wynikać będą z indywidualnych wymagań oraz potrzeb zamawiającego i nie wpływają zasadniczo na sam proces produkcyjny u poszczególnych producentów. Dane parametry konfiguracji wyposażenia uzależnione są ponadto od lokalnych warunków w każdym województwie (takich jak np. wysokość peronów) oraz od tzw. studium wykonalności, czyli opracowania określającego niezbędną do przewozu ilość pojazdów i ich konfigurację. Znow jednak nie wpływa to na sam proces produkcyjny, który co do zasady, w przypadku każdego SZT jest analogiczny.

b) Naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 PZP

Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek przestrzegania wskazanych w art. 7 ust 1. PZP zasad, które niejednokrotnie zostały przez ustawodawcę powtórzone, co ma miejsce w przypadku art. 22 ust. 2 PZP. Regulacje obligują Zamawiającego do określenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby w odniesieniu do rynku na którym zostaje zorganizowany przetarg (w przedmiotowej sprawie, rynku dostawy SZT) nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji. Jak wskazała w swym wyroku z dnia 12 marca 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych¹², *stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować*

¹¹ Dz. U. 2005 Nr 212 poz. 1771

¹² Wyrok KIO z 12.03.2009 r., KIO/UZP 235/09



z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawić w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich.

Zamawiający w pkt III.2.1 ust. 5 ogłoszenia oraz pkt VIII ust. 5 SIWZ, jako warunek doświadczenia wskazał konieczność wykazania się przez wykonawcę, posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowaniem potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia przez wykazanie, że wykonawca legitymuje się wykonaniem dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem, wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie. Spełnienie powyższych warunków może zostać wykazane, przez przedstawienie odpowiedniej dokumentacji wskazującej, iż w ciągu ostatnich trzech lat wykonawca wykonał i dostarczył minimum sześć autobusów szynowych o napędzie spalinowym.

Z pozoru cytowany wymóg wydaje się nie stać w sprzeczności z PZP, a w odniesieniu do rynku na którym działa od dłuższego czasu kilka podmiotów zarówno krajowych jak i zagranicznych, może wydawać się wręcz konieczny. Dokładna analiza rynku, przedstawiona powyżej wskazuje jednak, że zamieszczenie tychże wymogów ma charakter skrajnie antykonkurencyjny. Kwestionowane warunki zamieszczone w ogłoszeniu i SIWZ spełnić może bowiem wyłącznie jeden podmiot - PESA S.A., posiadający ponad 62 % udział w rynku. Tym samym należy uznać, że określony przez Zamawiającego warunek narusza zasadę uczciwej konkurencji, a tym samym narusza przepisy art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 PZP. Również orzecznictwo stoi na stanowisku, że niekiedy określony warunek w odniesieniu do określonych okoliczności faktycznych będzie należało uznać na niekonkurencyjny. Zespół Arbitrów przy UZP w postanowieniu z 14 lipca 2006 roku stwierdził, że *zgodnie z SIWZ wykonawcy ubiegający się o zamówienie powinni legitymować się doświadczeniem polegającym na realizacji w ciągu ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi w danym zakresie, o czasie trwania usługi przez 1 rok dla jednego odbiorcy. Takie sformułowanie tego warunku eliminowało wykonawców, którzy nie realizowali zamówień o rocznym okresie realizacji, w tym również tych, którzy realizowali zamówienie przez okres dłuższy niż 1 rok, a w konsekwencji mogli wykazać się większym doświadczeniem niż wymagane przez Zamawiającego. Opisane wyżej sformułowanie warunku udziału w postępowaniu prowadziło do ograniczenia dostępu do niniejszego*

zamówienia, w konsekwencji naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców¹³.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej, a także argumenty zawarte w dalszej części pisma Protestujący podnosi, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP polega na sformułowaniu w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu warunku, który powoduje, że tylko jeden ściśle określony podmiot tj. PESA S.A. jest w stanie je spełnić.

Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia może, stosownie do dyspozycji przepisu art. 22 PZP postawić takie warunki, które nie będą gwarantowały udziału w postępowaniu wszystkim podmiotom działającym w danej branży¹⁴. Jest on uprawniony do postawienia takiego warunku podmiotowego w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawców, który zagwarantuje, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany prawidłowo, rzetelnie i zgodnie ze sztuką. Jednak *zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzania nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu*¹⁵. Pojęcie „nadmiernie wygórowane” powinno być interpretowane w odniesieniu do specyfiki rynku, na którym ogłaszany jest przetarg. Należy ponadto odróżnić sytuacje, w której do udziału w postępowaniu nie zostają dopuszczeni wszyscy a tylko niektórzy wykonawcy, od sytuacji, w której zostaje dopuszczony tylko jeden podmiot. W szczególności, gdy warunek określony jest w sposób, który z góry - jeszcze przed złożeniem ofert - przesądza, jaki podmiot będzie w stanie go spełnić. Za takim rozumowaniem przemawia zarówno orzecznictwo, jak i doktryna. Doktryna wskazuje, iż *„preferując jednego wykonawcę (poprzez takie ustalenie warunków udziału w postępowaniu, które spełnia jedynie jeden wykonawca) zamawiający dopuszcza się naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych wskazanej w art. 7 ust. 1 p.z.p.*¹⁶

J. E. Nowicki, stwierdził zaś, że *opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 p.z.p. i skonkretyzowaną, co do*

¹³ Postanowienie Zespołu Arbitrów przy UZP z 14.07.2006 r., UZP/ZO/0-2016/06

¹⁴ zob. wyrok KIO z dn. 17 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 857/09; wyrok z dn. 7 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-207/07; wyrok KIO z dn. 10 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 204/08; wyrok KIO z dn. 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 434/09.

¹⁵ Wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 3 stycznia 2005 r., UZP/ZO/0-2277/04

¹⁶ Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2009, P. Granecki, Legalis

przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 p.z.p¹⁷. Podobnie uznał także D. Szczepański: Z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy zamawiający określi warunki udziału w postępowaniu tak, że będzie je mógł spełnić tylko jeden wykonawca lub gdy będzie stawiał określonych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców.¹⁸

Również orzecznictwo podtrzymuje tę linię interpretacyjną. W wyroku Zespołu Arbitrów przy UZP z 9 sierpnia 2005 roku,¹⁹ zaznaczono, że „Z łamaniem zasad uczciwej konkurencji możemy mieć do czynienia wtedy, gdy w SIWZ ustala się takie warunki podmiotowe, które mógłby spełnić tylko jeden Wykonawca, a także wtedy, gdy Zamawiający ogranicza w sposób nieuzasadniony dostęp do ubiegania się o zamówienie znacznemu gronu mogących się o nie ubiegać”.

Przedstawiona uprzednio analiza rynku SZT jednoznacznie wykazuje, iż jedynym podmiotem spełniającym, kwestionowane przez Protestującego zapisy Ogłoszenia i SIWZ, jest PESA S.A. Brak dostosowania do struktury rynku warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na etapie ich tworzenia przez zamawiających, powoduje iż – prócz PESA S.A. – żadne inne podmioty nie są w stanie spełnić wymagań SIWZ. Dochodzi tym samym do sytuacji, w której przez działania zamawiających, nie mogą rozwijać się i kształtować zasady konkurencji. Podkreślić należy, że doświadczenie na omawianym rynku zdobywane może być przez istniejące na nim podmioty wyłącznie poprzez wykonywanie zamówień na podstawie przeprowadzonych postępowań. Innymi słowy konieczny jest wybór oferty danego podmiotu w przeprowadzanym postępowaniu. Gdy dodatkowo uwzględni się fakt, że rynek dostawy SZT, jak też wszystkich innych pojazdów szynowych w Rzeczypospolitej Polskiej w całości objęty jest zamówieniami publicznymi. W związku z powyższym powstaje paradoks, w którym każdy producent taboru kolejowego, chcący skutecznie konkurować na rynku, musi od początku posiadać zakres doświadczenia, arbitralnie wskazany w specyfikacji zamówienia, który zwykle spełniony jest wyłącznie przez jeden podmiot - PESA S.A. Zgodnie z uprzednio wskazaną argumentacją sytuacja taka jest sprzeczna z powszechnie obowiązującymi regulacjami prawnymi a tym samym niedopuszczalna.

W przedmiotowej sprawie zachodzi sytuacja opisana powyżej. Zamawiający formułując wymogi SIWZ w sposób jednoznacznie, acz pośrednio, wskazujący jednego wykonawcę, doprowadził do celowego wyeliminowania z postępowania pozostałych podmiotów działających na rynku. W przypadku celowej eliminacji wykonawców i doprowadzenia do

¹⁷ Zam. Pub. Dor. 2008/7/26; zob. też Za. Pub. Dor. 2007/5/29

¹⁸ Zam. Pub. Dor. 2008/10/26

¹⁹ Wyrok z 09.08.2005 r. Zespół Arbitrów przy UZP, UZP/ZO/0-2034/05, LEX nr 171023

sytuacji, w której tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu, dochodzi do naruszenia zapisanej w art. 7 ust. 1 zasady równego traktowania wykonawców.²⁰ Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 13 maja 2008 roku²¹ „zamawiający nie może kształtować warunków podmiotowych udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne pod sytuację ekonomiczną konkretnych wykonawców. Wówczas naraziłby się na zarzut ograniczenia uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności należy stwierdzić, że Zamawiający, formułując SIWZ o treści kwestionowanej przez Składającego protest bez wątplenia dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 PZP – zasady równego traktowania, – gdyż dysponował stosowną wiedzą o specyfice rynku i tym samym świadomie wyeliminował z udziału w postępowaniu pozostałe funkcjonujące na rynku podmioty.

Zamawiający przy określaniu kwestionowanego warunku SIWZ nie wziął pod uwagę specyfiki rynku, czym pośrednio wskazał jedyny podmiot (PESA S.A.) mogący uczynić zadość postawionym wymaganiom. Pozostali przedsiębiorcy albo wycofali się z rynku, albo są w stanie upadłości, lub też zmienili ofertę produkcji. Z drugiej strony podmioty, które dopiero zamierzają wejść na rynek nie mogą tego uczynić, bowiem – jak wskazano powyżej – warunki postępowania uniemożliwiają im w nim udział, poprzez brak wymaganego doświadczenia. Taka sytuacja powoduje, że PESA S.A. jako podmiot posiadający aktualnie pozycję dominującą na rynku, nie ma żadnej rzeczywistej konkurencji i w ten sposób stopniowo, przy udziale zamawiających monopolizuje rynek.

Ponadto należy wskazać, że Zamawiający może żądać doświadczenia w wykonaniu dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. W doktrynie przyjmuje się, iż zalecenie to należy rozumieć w ten sposób, że dostawa tego samego rodzaju, to dostawa należąca do tej samej grupy zgodnie z definicjami zawartymi we Wspólnym Słowniku Zamówień (dalej CPV)²². W orzecznictwie sądów przyjęte zostało, iż zamawiający nie może ustanawiać dalej idących ograniczeń poprzez wprowadzenie dodatkowych zastrzeżeń ponad definicję CPV²³. W szczególności zaś nie jest uprawnionym żądanie wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w dostawach identycznych z przedmiotem zamówienia, a jedynie odpowiadających im swoim rodzajem.

²⁰ Por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex, 2007, wyd. III

²¹ Wyrok KIO z 13.05.2008 r., KIO/UZP 402/08

²² E. Norek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz.

²³ zob. wyr. Sądu Okręgowego w Szczecinie z 20.03.2009 r., VIII Ga 58/09

Stanowisko to uzasadnione jest tym, iż zgodnie z przepisami PZP zamawiający może żądać wykazania się doświadczeniem niezbędnym dla wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest przeto uprawniony do dowolnego kształtowania wymogów dotyczących udziału w postępowaniu. Zamawiający uprawniony jest jedynie do wprowadzenia wymogów eliminujących z postępowania podmioty, które zamówienia nie będą w stanie wykonać z powodu braku niezbędnego doświadczenia.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający wprowadził dalej idące ograniczenia. Ograniczenie to polega na dodaniu wymogu wykazania się dostawami ściśle określonego typu pojazdów szynowych, podczas gdy z kodu CPV (346200009) wynika jedynie, iż rodzaj przedmiotu zamówienia dotyczy dostaw taboru kolejowego, bez wykazywania konkretnych typów tegoż taboru. Poprzez takie działanie Zamawiający eliminuje z postępowania Protestującego, ale także pozostałych wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w dostawach pasażerskich pojazdów szynowych, w tym również o znacznie większym stopniu skomplikowania technicznego niż autobusy szynowe, jednakże nie identycznego z przedmiotem zamówienia.

Protestujący stwierdza, iż wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenia nie znajdują jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia. Otóż SZT nie stanowią produktu na tyle specyficznego, aby wymagać od dostawców doświadczenia akurat w dostawach tego typu pojazdów. Pojazd ten jest jedynym z typów pasażerskich pojazdów trakcyjnych (tj. pojazdu posiadającego własny napęd). Innym typem, jakkolwiek co do zasady konstrukcji bardzo zbliżonym, są np. EZT, których dostawca jest m.in., Protestujący. Różnica pomiędzy tymi pojazdami polega głównie na tym, że EZT jest pojazdem większym, o prędkościach eksploatacyjnych często znacznie przewyższających te stosowane w autobusach szynowych. z tych też względów wymagania technologiczne dla produktów EZT są znacznie wyższe niż dla producenta autobusach szynowych.

Wobec powyższego sformułowany przez Zamawiającego warunek eliminuje z udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców dopuszczając do udziału tylko jeden, z góry określony podmiot – PESA S.A..

Narusza to generalne zasady udzielania zamówień publicznych, określone przez ustawodawcę w przepisach art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 PZP.

c) Naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU



Jak zostało wskazane zasada zapewnienia uczciwej konkurencji, powinna być interpretowana w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności w świetle art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU.

Przepis artykułu 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, m. in. poprzez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie.

Doktryna przyjmuje, iż utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację produkowanych przez nich towarów (świadczonych usług), w efekcie czego swoboda tych ostatnich uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług albo wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu.²⁴

Pojęcie „dostępu do rynku” jest interpretowane jako swoboda zarówno wejścia na dany rynek, wyjścia z niego ale też oferowania na nim swoich towarów i usług. Zakres tego pojęcia pokrywa się zatem z rozumieniem pojęcia „podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej”.²⁵ Istotne jest, że wszystkie czyny utrudniania dostępu do rynku, niezgodne z przyjętymi zasadami konkurencji mogą być popełnione tylko świadomie (celowo), z winy umyślnej. Innymi słowy – sprawca czynu nieuczciwej konkurencji chce świadomie swym bezprawnym zachowaniem (działaniem lub zaniechaniem) wyrządzić drugiemu szkodę lub co najmniej świadomie godzi się na to.²⁶

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, Składający protest podnosi, iż kwestionowane wymogi SIWZ spełniają przesłanki uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU, w zakresie w jakim warunki te wykluczają możliwość uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotów, spełniających wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponujących potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które przed wszczęciem postępowania o udzielenie nie wykonały dostawy lub dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz podmiotów, które w ciągu ostatnich trzech lat nie wykonały i nie dostarczyły minimum sześciu autobusów szynowych o napędzie spalinowym.

²⁴ T. Skoczny [w:] J. Szwaja, „Komentarz...”; str. 568 i n.;

²⁵ Por. T. Skoczny [w:] J. Szwaja, „Komentarz...” (str. 562); E. Nowińska, M. du Vall, „Komentarz...” (str. 168–169);

²⁶ Z. Radwański, A. Olejniczak „Zobowiązania – część ogólna”, C.H. Beck, Warszawa 2005; str. 190;

W opinii Protestującego warunki zamieszczone w specyfikacji skonstruowane zostały w ten sposób, że spełnić je może wyłącznie jeden przedsiębiorca działający na rynku – PESA S.A. Wniosek ten wynika z przedstawionej powyżej, dokładnej analizy rynku i przebiegu niemal wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia mających za przedmiot dostawę SZT, które odbyły się w okresie ostatnich 7 lat (od 2002 roku). Przedstawione dane jednoznacznie wykazują, że PESA S.A. wybrana została jako wykonawca w 23 z przeprowadzonych 33 postępowań. Z powyższego wynika, że zawarte w specyfikacji kryterium 3-letniego doświadczenia (obwarowanego dodatkowo wymienionymi warunkami) z góry przesądza o wykluczeniu NEWAG S.A. z konkurencyjnej rywalizacji, wskazując pośrednio jako jedyne wykonawcę PESA S.A. Takie ukształtowanie warunków SIWZ jest w opinii Protestującego niedopuszczalne i niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ponieważ dyskryminuje część wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Istotę dyskryminacji najpełniej oddają wydane w ostatnich latach dyrektywy unijne, wszystkie mające podstawę we Wspólnotowej zasadzie równego traktowania. Zasada ta oznacza brak jakiegokolwiek bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na daną cechę. Przez dyskryminację bezpośrednią rozumie się sytuację, w której dana osoba traktowana jest mniej korzystnie ze względu na daną cechę niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji. Dyskryminacja pośrednia to sytuacja, w której z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby odznaczające się daną cechą w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób odznaczających się inną cechą, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione usankcjonowanym prawnie celem, a środki osiągania tego celu są właściwe i niezbędne.²⁷ Także polskie prawo przyjmuje konieczność przeciwdziałania dyskryminacji, co znalazło swój oddźwięk w wielu aktach prawnych. Wskazać tu należy przede wszystkim art. 13, 22, 25, 27, 31, 33, 35, 53, 54, 57, 58, 60, 63, 67 – 70, 75 i 76 konstytucji ale też, w art. 6 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. – o swobodzie działalności gospodarczej,²⁸ zakazującym jakiegokolwiek dyskryminacji, zarówno ze strony organów administracji państwowej jak i innych uczestników obrotu, przy podejmowaniu i prowadzeniu zgodnej z prawem działalności gospodarczej.

²⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/73/WE z dnia 23 września 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz. Urz. WE z 5.10.2002r., L 269); Dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. WE z 21.12.2004 r., L 373); Dyrektywa Rady UE 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 roku, ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE z 02.12.2000 r., L 303); Dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE z 19.07.2000 r., L 180)

²⁸ Dz. U. z 2004 r.; Nr 173; Poz. 1807 z późn. zm.

Powyższe regulacje mają bezpośredni wpływ na interpretację przedmiotowego stanu faktycznego. Protestujący podnosi, że Zamawiający dopuszcza się względem niego dyskryminacji pośredniej. Kwestionowane zapisy SIWZ tworzą bowiem – z pozoru – neutralne wymagania, które w rzeczywistości mogą być spełnione wyłącznie przez jeden podmiot biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Argument ten znajduje oparcie zarówno we wcześniej wskazanych zestawieniach postępowań o udzielenie zamówienia jak również w przedstawionej analizie rynku oraz działających na nim podmiotów krajowych i zagranicznych. Łącząc te elementy nasuwa się oczywisty wniosek, iż spośród krajowych podmiotów jedynie PESA. S.A. jest w stanie spełnić warunki SIWZ. Nawet jeśli wymogi te spełniają przedsiębiorcy zagraniczni to, co wykazano uprzednio, ich koszty produkcji są nieproporcjonalnie wyższe od przedsiębiorców krajowych, co wyklucza tych pierwszych z możliwości skutecznego konfrontowania swych ofert w prowadzonych postępowaniach. Zachowanie takie jest niedopuszczalne z punktu przepisów ZNKU oraz PZP jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji.

Przepis art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU wskazuje, iż dyskryminacja dotyczy niektórych klientów. Doktryna wskazuje, iż w przeważającej mierze chodzi o innych przedsiębiorców, z zastrzeżeniem, że muszą być to przedsiębiorcy operujący na niższym szczeblu tj. niebędący konkurentami dopuszczającego się dyskryminacji.²⁹ Mimo, że ZNKU literalnie nie wskazuje, kto może dopuścić się deliktu dyskryminacji, to doktryna przyjmuje, że dyskryminującym może być tylko przedsiębiorca. Nie wskazuje się też bezpośrednio, jakie podmioty mogą być traktowane jako dyskryminowane. Ustawodawca określa je ogólnie jako „niektórych klientów”. Stanowisko Składającego protest znajduje oparcie w wyroku KIO z 20 stycznia 2009 roku³⁰, w którym jednoznacznie stwierdzono, że „zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Najbardziej dotkliwą postacią dyskryminacji dla podmiotu dyskryminowanego jest odmowa zawarcia lub zerwanie umowy.

W obrocie gospodarczym przyjętą zasadą, zapożyczoną z nauk cywilnoprawnych jest zasada swobody umów. Z. Radwański stwierdza, że zasada ta „opiera się na etycznych założeniach państwa demokratycznego i swobody działalności gospodarczej stanowiącej przesłankę gospodarki rynkowej. Wartości te znalazły normatywny wyraz

²⁹ T. Skoczny [w:] J. Szwaja, „Komentarz...”; str. 568 i n

³⁰ Wyrok KIO z 20.01.2009 r., KIO/UZP 2/09

w postanowieniach Konstytucji RP. Ponadto w odniesieniu do najistotniejszego elementu swobody umów zobowiązaniowych jakim jest swoboda kształtowania ich treści³¹. Artykuł 353¹ KC, stanowi iż strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Pomiot prowadzący działalność gospodarczą ma zatem pełną dowolność w sposobie wyboru zarówno kontrahenta jak i ukształtowania treści zawieranej umowy. Uwaga ta odnosi się również do możliwości rozwiązania umowy już istniejącej. Jedyne ograniczenia swobody umów, wysłowione w art. 353¹ KC, odnoszą się do treści i celu umowy (nie mogą być sprzeczne z ustawą, zasadami współżycia społecznego oraz nie mogą sprzeciwiać się właściwości danego stosunku zobowiązaniowego). W kwestii tej wypowiedział się SN w uchwale Pełnego Składu Izby Cywilnej SN z 28 kwietnia 1995 roku³² stwierdzając, że swoboda stron w kształtowaniu stosunków obligacyjnych nie ma charakteru absolutnego i – zgodnie z treścią art. 353¹ KC – doznaje trojakich ograniczeń. Odwołuje się bowiem do ustawy, właściwości (natury) stosunku prawnego, który ma wiązać strony oraz do zasad współżycia społecznego. Ograniczenie swobody umów przez ustawę dotyczy z jednej strony zakazów zaopatrzonych w sankcję karną, obowiązujących w różnych sferach porządku prawnego w państwie, a z drugiej strony - przepisów obowiązujących bezwzględnie, określanych w prawie cywilnym jako przepisy *iuris cogentis*, często opatrzonych rygorem nieważności. Ograniczenie to może wynikać również z charakteru celu, jaki przyświeca stronom, pod uwagę zatem musi być brana nie tylko sama treść umowy, ale także jej cel. Wynikające z art. 353¹ KC kolejne ograniczenie, polegające na konieczności respektowania (natury) danego stosunku prawnego, jest przez doktrynę interpretowane w dwojaki sposób. Interpretacja szersza prowadzi do uznawania za sprzeczne z naturą zobowiązania takiego zniekształcenia umowy typowej, znanej prawu zobowiązań, które wykracza poza ramy stosunku umownego, akceptowanego w sferze danego ustawodawstwa, gdy jednocześnie nie istnieje podstawa do rozumienia stosunku jako umowy o charakterze mieszanym, którą strony pragną zawrzeć. Interpretacja węższa oznacza sprzeczność przewidywanych warunków umowy z jakąkolwiek rozsądną wykładnią stosunku prawnego mieszczącego się w sferze dostępnych naszemu ustawodawstwu instytucji. Pojęcie trzeciego ograniczenia odwołującego się do zasad współżycia społecznego wskazuje na potrzebę oceny danego stosunku prawnego z punktu widzenia zasad dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym lub zasad słuszności.

Na tle powyższych rozważań oraz treści przepisu art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU należy stwierdzić, że każdy przedsiębiorca ma pełne prawo do wejścia, utrzymania i zerwania

³¹ Por. Z. Radwański, A. Olejniczak „Zobowiązania...” (str. 125).

³² Uchwała SN z 28.04.1995 r., III CZP 166/94; OSN z 1995 r. Nr 10 poz. 133.

stosunku umownego z kontrahentem, natomiast za czyn nieuczciwej konkurencji działania takie byłyby uznane tylko, gdyby stały w sprzeczności z prawem lub z dobrymi obyczajami poprzez swą rzeczową niezasadność (np. ustalanie warunków zamówienia w sposób eliminujący możliwość konkurencyjnej rywalizacji przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

Wystąpienie samego skutku zachowań przedsiębiorcy w postaci utrudniania dostępu do rynku nie jest wystarczające do uznania, że doszło do dyskryminacji. Musi być bowiem spełniona dodatkowa przesłanka – „brak rzeczowego uzasadnienia zróżnicowanego traktowania”. Zasada swobody umów pośrednio dopuszcza różnicowanie podmiotów, z którymi zawiera się stosunki zobowiązaniowe, ponieważ konkurencja sprowadza się częściej do różnicowania niż równości podmiotów konkurujących i biorących udział w obrocie gospodarczym. W przepisie art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU wskazuje na „rzeczowo nieuzasadnione traktowanie”. Ustawodawca nie zamieścił jednak żadnych wskazówek dotyczących interpretowania słowa „rzeczowo” w kontekście deliktu i rolę tę podjęła judykatura odwołująca się do przepisów ustaw antymonopolowych. W orzeczeniach tych, brak rzeczowego uzasadnienia utożsamiany jest przede wszystkim z brakami uzasadnienia ekonomicznego w podejmowanych działaniach³³. Takie zdanie wyraził Sąd Antymonopolowy w wyroku z 20 czerwca 2001 roku,³⁴ w którym stwierdził, że skoro średnio raz w miesiącu do Portu Gdańskiego wprowadzony jest zestaw holowany to jest to usługa standardowa i jako taka powinna być umieszczona w cenniku, w oparciu o rzeczywistą pojemność statków z zestawu. Zdaniem sądu powód nie wskazał uzasadnienia ekonomicznego (racjonalności) stosowania przyjętego kryterium obliczania pojemności ani w postępowaniu administracyjnym ani w sądowym. Tymczasem ceny za taką samą usługę stosowane przez potencjalnego konkurenta są po pierwsze ustalone w cenniku, a po drugie uwzględniają rzeczywistą pojemność statków.

Jako brak rzeczowego uzasadnienia traktowane jest także selektywne traktowanie wybranych klientów. Sąd Antymonopolowy podkreślił to stanowisko w orzeczeniu z 26 kwietnia 1995 roku,³⁵ wskazując iż podmiot o pozycji dominującej na rynku ma obowiązek równoprawnego traktowania swych kontrahentów, co dotyczy także kwestii stosowania cen. Różnicowanie cen może wprawdzie mieć miejsce, ale musi mieć uzasadnienie ekonomiczne, a w szczególności wynikać z kosztów produkcji, sprzedaży lub dostawy, masy, ilości i co – wymaga podkreślenia – warunki tego wartościowania muszą być w podobnym stopniu dostępne dla wszystkich kontrahentów podmiotu dominującego. Nieuzasadnione odstępstwo od tych reguł uzasadnia postawienie podmiotowi

³³ Por. J. Olszewski, „Prawo gospodarcze...” (str. 254).

³⁴ Wyr. Sądu Antymonopolowego z 20.06.2001 r., XVII Ama 90/00, LEX nr 55934.

³⁵ Wyr. Sądu Antymonopolowego z 26.04.1995 r., XVII Amr 74/94, „Wokanda” z 1996 r., Nr 5, poz. 55.

dominującemu zarzutu naruszenia art. 5 pkt 3 ustawy z 24 lutego 1990 roku – o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym³⁶ (dalej AMopU), który stanowił podstawę wydania zaskarżonej decyzji.

Bez wątplenia dyskryminacja, której dopuszcza się Zamawiający, nie ma rzeczowego uzasadnienia dla zróżnicowanego traktowania podmiotów biorących udział w postępowaniu. Zapisy SIWZ powodują – jak była mowa – bezprawne różnicowanie podmiotów, co w efekcie wyklucza z udziału w postępowaniu wszystkich krajowych podmiotów – prócz PESA S.A.. Nie sposób w działaniu Zamawiającego polegającym na stworzeniu kwestionowanych przez Protestującego zapisów SIWZ odnaleźć jakiegokolwiek uzasadnienie ekonomiczne (brak racjonalności) dla stosowania przyjętego kryterium. W szczególności brak jest rzeczowego uzasadnienia dla stworzonego przez Zamawiającego wymogu legitymowania się przez Wykonawców niezwykle restrykcyjnym wymogiem posiadania doświadczenia, który może być spełniony wyłącznie przez PESA S.A., co w efekcie przekształca postępowanie w proces w całości pozbawiony konkurencyjności. Zamawiający tworząc kwestionowane zapisy SIWZ, z pełną premedytacją podjął decyzję o dopuszczeniu do postępowania – pośrednio – wyłącznie PESA S.A. Biorąc bowiem po uwagę skalę i koszty potencjalnych zamówień, Zamawiający musiał przeprowadzić dokładną analizę rynku SZT a tym samym znał pozycję rynkową każdego potencjalnego Wykonawcy. Całokształt stanu faktycznego sprawy, w szczególności zapisy SIWZ przeciw którym wnoszony jest niniejszy protest, zmierzają do takiego ukształtowania postępowania, by w rezultacie wybrana została oferta PESA S.A.

Przeciw takim praktykom opowiedziała się KIO w wyroku z dnia 23 czerwca 2008 roku³⁷, stwierdzając że „warunki udziału w postępowaniu nie mogą naruszać zasady równości i uczciwej konkurencji. Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy)”. W tym samym orzeczeniu KIO zaznaczyła, iż „udzielanie zamówień w warunkach możliwie najszerzej konkurencji jest nie tylko realizacją postulatów wynikających z prawa wspólnotowego i krajowego. Jest to podyktowane również godnym ochrony interesem Zamawiającego. W warunkach ograniczonej konkurencji poziom cen z reguły jest wyższy,

³⁶ Dz. U. z 1995 r., Nr 80, poz. 405.

³⁷ Wyrok KIO z 23.06.2008 r., KIO/UZP 561/08



a w sytuacji, gdy istnieje potencjalna możliwość braku konkurencji, przy udzielaniu zamówienia Zamawiający zdaje się na cenę oferty, która może być skalkulowana w oderwaniu od realiów rynkowych i przez to wygórowana. Skoro Zamawiający wydatkuje środki publiczne, to dążąc do zapewnienia szerokiej konkurencji nie tylko postępuje zgodnie ze swoim interesem ekonomicznym, ale też realizuje postulat zawarty w ustawie o finansach publicznych wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny." Stanowisko to odnajduje oparcie w wynikach przeprowadzonych dotychczas postępowaniach, o których mowa uprzednio. Mianowicie we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia w latach 2002 – 2009, w których brała udział tylko PESA S.A., względnie z innymi podmiotami nie stanowiącymi realnej konkurencji (podmioty zagraniczne lub nie spełniające wymogów SIWZ) ceny oferowane przez tego Wykonawcę były wyższe od cen oferowanych w przypadku przystępowania do postępowań z konkurentami (np. znaczne różnice między postępowaniem o udzielenie zamówienia ogłoszone przez UMW Warmińsko-Mazurskiego znak: 2009/S 24-034621 a , w którym PESA S.A. jako jedyny oferent a postępowaniem o udzielenie zamówienia ogłoszonym przez UMW Zachodniopomorskiego znak: 2004/S 178-152591, w którym PESA S.A. brała udział z dwoma innymi, konkurencyjnymi podmiotami).

Nie sposób zatem odnaleźć racjonalnego uzasadnienia dla kwestionowanych zapisów SIWZ, które w całości spełniają kryteria deliktu konkurencji wskazanego w art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU. Tym samym naruszają przepisy PZP, w szczególności dotyczące fundamentalnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Artykuł 15 ZNKU sankcjonuje bowiem jedno z najbardziej niepożądanych zjawisk współczesnego obrotu – nieuczciwe utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które w efekcie nie tylko ogranicza ale może także doprowadzić do całkowitego zmarginalizowania a nawet wyeliminowania z rynku części działających na nim przedsiębiorców. Co ważne, wykluczenie takie nastąpiłoby w sposób niezgodny z prawem, bowiem nie byłoby efektem uczciwego współzawodnictwa przedsiębiorców, stąd też wszystkie przejawy takich działań powinny być bezwzględnie eliminowane.

Składający protest zaznacza, że nawet jeśli by uznać że część wyżej wymienionych okoliczności nie wypełnia przesłanek przepisanych w art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU, to i tak spełniają one wymogi zakwalifikowania ich jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU. Przez czyn nieuczciwej konkurencji, rozumie się działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.



Pod pojęciem „działanie” w obrocie gospodarczym rozumie się zachowania mogące mieć wpływ na obecne lub przyszłe rezultaty działalności przedsiębiorców oraz na interesy klientów lub interes publiczny. Czynami takimi są zarówno działania jak i zaniechania skierowane do osób trzecich³⁸.

Bez wątplenia fakt przygotowania i prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia wypełnia powyższe cechy i może zostać uznany za działanie w rozumieniu ZNKU.

By konkretne działanie uznane zostało za czyn nieuczciwej konkurencji musi dodatkowo nosić cechę sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami.

J. Szwaja wyraził pogląd, iż „naruszenie prawa wypada uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej, w szczególności zyskuje przewagę nad swoimi konkurentami, wskutek czego zaczyna zagrażać ich interesom ich klientów albo je narusza”³⁹. Pogląd ten podzielił M. Kępiński, stwierdzając że „art. 3 znajduje zastosowanie wówczas, gdy naruszenie przepisów daje naruszającemu przewagę konkretną nad osobami”⁴⁰.

Literatura uznaje „dobre obyczaje” jako normy postępowania a nie normy prawne, co powieliła poglądy dotyczące innych zwrotów niedookreślonych, mianowicie: zasad współżycia społecznego (art. 5, 58, 65, 70¹, 140 i 354 KC) oraz ustalonych zwyczajów (art. 56, 65, 69 i 354 KC). W doktrynie przeważającą koncepcją dotyczącą kryteriów, jakie należy przyjąć oceniając dany obyczaj jako „dobry” jest tzw. kryterium ekonomiczno – funkcjonalne, ukierunkowane na zachowanie przedsiębiorców w obrocie gospodarczym. Punktem wyjścia są tu „oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowanie współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów, cechami oferowanych towarów i usług”⁴¹.

Podobną linię orzeczniczą przyjęły sądy. Przykładowo, Sąd Wojewódzki w Warszawie – Sąd Antymonopolowy w wyroku z 27 marca 1996 roku⁴², stwierdził, że przepisy ZNKU

³⁸ Por. J. Szwaja „Komentarz...” (str. 141).

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ M. Kępiński „Problemy ogólne nowej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* z 1994 r., Nr 2 (str.5).

⁴¹ Tak J. Szwaja „Komentarz...” (str. 157).

⁴² Wyr. Sądu Wojewódzkiego w Warszawie z 27.03.1996 r., XVII Amr 5/96; „Wokanda” z 1997 r., Nr 6, poz. 53.

oraz AMopU, przyjmują kryterium ekonomiczno – funkcjonalne "dobrych obyczajów". Oznacza to, że rozstrzygając spór na tym tle należy uwzględniać wszystkie okoliczności faktyczne konkretnego przypadku, przede wszystkim gospodarcze oraz prawne. Nieodzowne jest zatem rozważenie i wyważenie interesów stron wiodących spór, a także interesu publicznego. W tym kontekście zdaniem sądu, nie bez znaczenia jest ocena, jakie skutki przyniesie w przyszłości potraktowanie pewnego obyczaju, który znalazł odbicie w zachowaniu jednej strony (stron), jako zgodnego z dobrymi obyczajami albo z nimi sprzecznego, co w konsekwencji przyczyni się do jego upowszechnienia, bądź też odwrotnie, do jego zwalczania.

By określone zachowanie uznano za czyn nieuczciwej konkurencji, konieczne jest by zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ZNKU nie zamieszczono definicji powyższych kategorii interesów. Zadanie to przejęła judykatura i doktryna. Sąd Antymonopolowy w orzeczeniu z 24 stycznia 1991 roku⁴³, stwierdził, że naruszenie interesu publiczno – prawnego może przykładowo mieć miejsce, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą (niedozwolonych) dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie gdy działania te wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska.

W piśmiennictwie interes publiczny, postrzegany jest jako szerszy od sumy indywidualnych interesów podmiotów rzeczywiście dotkniętych zachowaniem się sprawcy nieuczciwej konkurencji⁴⁴.

Artykuł 1 ZNKU wskazuje, iż oprócz ochrony interesu publicznego, jej cel obejmuje także ochronę interesów przedsiębiorców i klientów.

Do pojęcia „interesu przedsiębiorców” ustosunkował się SN w uchwale z 23 lutego 1995 roku⁴⁵. Sąd określił go jako stan, korzystnie już ukształtowany dla przedsiębiorcy bądź taki stan, który dopiero w przyszłości może dla niego stanowić źródło korzyści rzeczywistych lub tylko oczekiwanych.

Podsumowując – jednoznaczne stwierdzenie czy określone zachowanie narusza reguły uczciwej konkurencji jest procesem wymagającym zbadania wielu szczegółowych przesłanek. Niekiedy bezwzględnie wymagane jest odwołanie się do kategorii pozaprawnych i oparcie się na odmiennych kryteriach oceniania. Zdarzyć się może, że z pozoru neutralne działanie, po zestawieniu z omówionymi przesłankami wykaże, iż jest

⁴³ Wyr. Sądu Antymonopolowego z 24.01.1991 r., XV Amr 8/90, „Wokanda” 1992, Nr 2, poz. 39.

⁴⁴ Por. E. Nowińska, M. du Vall „Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, LexisNexis, Warszawa 2006 (str. 35).

⁴⁵ Uchwała SN z 23.02.1995 r., III CZP 12/95; OSNC z 1995 r., zeszyt 5, poz. 80.

czynem naruszającym zasady uczciwej konkurencji. Mechanizm ten działa w obie strony, stąd też na rozstrzygającym sprawę sadzie spoczywa trudny obowiązek dokładnego i prawidłowego rozpoznania stanu faktycznego z zachowaniem powyżej przedstawionych wytycznych.

Konfrontując kwestionowane przez Składającego protest zapisy SIWZ z prezentowanym stanowiskiem doktryny, nasuwa się oczywisty wniosek, iż wymogi te stanowią naruszenie interesu wszystkich biorących udział w postępowaniu przedsiębiorców, z wyłączeniem PESA S.A., która na kwestionowanych przez protestującego zapisach wyłącznie zyskuje. Żaden z krajowych przedsiębiorców (prócz PESA S.A.) nie jest w stanie spełnić antykonkurencyjnego wymogu określonego w SIWZ przez Zamawiającego. Jednocześnie podmioty zagraniczne, co wykazano uprzednio, nie stanowią dla podmiotów krajowych żadnej konkurencji. Postępowanie o udzielenie zamówienia, którego warunki spełnia wyłącznie jeden z wykonawców (o czym wie Zamawiający) stanowią bez wątpienia naruszenie nie tylko norm prawnych określonych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa (ZNKU, PZP) ale też wprost narusza dobre obyczaje przyjęte w obrocie. Jednoznacznie bowiem prowadzenie postępowania w oparciu o ww. wymogi zakłóca funkcjonowanie uczciwej konkurencji, eliminując rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi cechami oferowanych towarów i usług, priorytet przyznając wyborowi konkretnego (jedyne) wykonawcy, bez względu na fakt istnienia innych – mogących potencjalnie wykonać zamówienie – na co najmniej tym samym poziomie jakości.

Z powyższego wynika, iż postępowanie Zamawiającego, w całości spełnia przesłanki uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w przepisie art. 3 ust. 1 ZNKU. Zastosowanie tego przepisu jest możliwe poprzez wykorzystanie tzw. funkcji uzupełniającej „klauzuli generalnej”. Funkcja uzupełniająca polega na tym, iż przepis art. 3 ust. 1 ZNKU stanowi dodatkową podstawę do oceny danego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdy nie spełnia ono przesłanek żadnego z deliktów wymienionych w części szczegółowej ustawy. Przedmiot unormowana ZNKU narzuca w znacznej mierze otwarty model regulacji oraz systematykę przepisów nie mającą sztywnej czy kazuistycznej formy. Dynamika, jaką odznacza się przedmiot regulacji Ustawy jest tak duża, że prawo jest niejako „skazane” na opóźnienie wobec rzeczywistości. Stąd potrzebne jest zamieszczenie odesłań pozaprawnych, rolą których jest uzupełnienie prawa oraz jego korekta w niezbędnym zakresie⁴⁶. Należy tu podkreślić, że zawarty w art. 3 ust. 2 katalog zachowań traktowanych jako czyny nieuczciwej

⁴⁶ Por. R. Stefanicki, „Dobre obyczaje w prawie polskim”, PPH Nr 5/2002 (str. 23 i n.).

konkurencji ma charakter przykładowy i wyliczenie to nie jest wyczerpujące, co wskazane zostanie w dalszej części niniejszego rozdziału.

Podsumowując składający niniejszy protest zaznacza, że postanowienia SIWZ stoją w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji, fundamentem każdego, prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. SIWZ w kwestionowanym zakresie naruszają nie tylko przepisy art. 7 i 22 PZP ale też spełniają wszystkie przesłanki uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji. Z tego też powodu, jako przeczące powszechnie obowiązującym przepisom prawa oraz dobrym obyczajom przyjętym w obrocie gospodarczym, winny zostać zmienione w sposób proponowany przez Protestującego, co uczyni postępowanie o udzielenie zamówienia w całości zgodne z prawem.

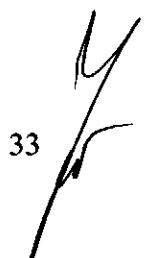
4. Skutki naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

a) Naruszenie przepisów PZP

Naruszenie lub częściowe pominięcie zasad określonych przez przywoływane uprzednio regulacje prawne jest rażącym naruszeniem PZP w rozumieniu przepisu art. 146 ust. 1 pkt 6 i stanowi przesłankę nieważności umowy zawartej z wykonawcą wybranym na skutek przeprowadzenia postępowania w sposób wadliwy. Ma to zastosowanie w szczególności, jeśli dochodzi do naruszenia generalnych zasad udzielania zamówień publicznych.⁴⁷ Naruszenia takie są również wystarczającą podstawą do uwzględnienia ewentualnego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Całkowite pominięcie przepisów PZP przy udzielaniu zamówień publicznych powoduje nieważność umowy na pomocy art. 58 § 1 KC. Zgodnie z tym przepisem czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Potwierdza to doktryna, podkreślając, że *„niedopuszczalne jest udzielanie zamówienia publicznego z pominięciem przepisów ustawy p.z.p. Umowa zawarta z pominięciem ustawy jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1. Wydatkowanie środków na realizację takiej umowy stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ustawy*

⁴⁷ Wyrok KIO z 04.11.2008 r., KIO/UZP 1145/08



z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2005, Nr 14, poz. 114 ze zm.)".⁴⁸

Warto zaznaczyć, iż w postanowieniu z dnia 14 lipca 2006 r. Zespół Arbitrów przy UZP⁴⁹ stwierdził, że „jedną z przesłanek unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest sytuacją, w której postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Zespołu Arbitrów określenie w SIWZ warunku udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, sformułowanego w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców należy kwalifikować jako wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (...)”.

b) Naruszenie przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Należy wskazać, że Zamawiający, jako podmiot działający w imię interesu publicznego w ramach przekazanych środków publicznych pochodzących zarówno z budżetu państwa, jak i budżetu Unii Europejskiej powinien przede wszystkim kierować się dobrem powszechnym i tak ustalać warunki aby postępowanie przetargowe opierało się o zasady uczciwej konkurencji. Tylko takie ukształtowanie postępowania pozwala wybrać rzeczywiście korzystną ofertę ponieważ wykonawcy muszą przy ustalaniu treści swoich ofert kierować się występowaniem konkurencji i kształtować ją – aby wygrać – na jak korzystniejszym dla Zamawiającego poziomie.

Zgodnie z art. 17 pkt. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. – o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej: DYSCFINU) naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Jeżeli okazałoby się, iż zarzut nieuczciwej konkurencji jest uzasadniony, tj. że w rzeczywistości dochodziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, w świetle przede wszystkim ustawy Prawo zamówień publicznych (nawiązującej do ZNKU), to uznać należałoby, iż Urzędy Marszałkowskie organizujące postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób kwestionowany przez Protestującego, działały z naruszeniem regulacji prawnych. W tej sytuacji prawdopodobne stało by się, iż świadomie planowano przetargi, w których efektywnie brać udział mogła z góry oznaczona grupa podmiotów

⁴⁸ Prawo zamówień publicznych. Komentarz, E. Norek, wyd. 4, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 60

⁴⁹ UZP/ZO/0-2016/06

(ściślej rzecz ujmując jeden – PESA S.A.). Warunki przystąpienia do przetargu ujęte w SIWZ były bowiem sformułowane w sposób wyłączający udział pozostałych startujących podmiotów. Takie okoliczności prowadzą do naruszenia dyscypliny finansowej związanej ze środkami publicznymi. DYSCFINU zawiera szeroki katalog naruszeń, niemniej niekonkurencyjność przetargu, z pewnością może być zinterpretowana zgodnie z hipotezą art. 17 ust. 1 pkt 3.

Przepisy art. 19 i 22 DYSCFINU wskazują niektóre przesłanki odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przede wszystkim jest to odpowiedzialność oparta na zasadzie winy, tak umyślnej, jaki i nieumyślnej. Wedle art. 23 DYSCFINU okolicznością ekskulpującą nie jest, co istotne, brak świadomości naruszenia regulacji. Podkreślić należy, iż Urząd Marszałkowski organizujący postępowanie powinien mieć świadomość możliwości naruszenia przepisów PZP, zwłaszcza art. 7 i 22. Nie ulega wątpliwości, na co wskazano już wcześniej, iż w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, poprzez arbitralne oraz merytorycznie nieuzasadnione formułowanie warunków uczestnictwa, nieadekwatnych do charakteru zamówienia.

Jeśli w trakcie postępowania potwierdzonoby, iż doszło do praktyk niekonkurencyjnych ze strony Zamawiającego, a tym samym do naruszenia zasad dyscypliny finansów publicznych (tj. jakichkolwiek nieprawidłowości związanych z wydatkowaniem pieniędzy publicznych w trakcie realizacji procedury przetargowej), to liczyć należałoby się z konsekwencjami przewidzianymi przez prawo, o których mowa w art. 30 oraz 31 DYSCFINU.

Mimo iż DYSCFINU nie zawiera legalnej definicji „dyscypliny finansów publicznych” (ustawodawca ograniczył się jedynie do wskazania szerokiego katalogu działań stanowiących naruszenie tej dyscypliny), przyjąć należy, że desygnatem pojęcia dyscyplina finansów publicznych jest szeroko pojęta prawidłowość w wydatkowaniu pieniędzy publicznych, z tym wszakże zastrzeżeniem, iż nie następuje żadne z działań enumeratywnie wymienionych w katalogu naruszeń z przepisów art. 5 – 18 ustawy. Bezspornie każde naruszenie dyscypliny finansów publicznych uznać należy za szkodliwe dla finansów publicznych jako takich. Tę szkodliwość bada się dwukrotnie, tzn. po pierwsze na etapie oceny, czy zaistniały podstawy do wszczęcia postępowania przez rzecznika dyscypliny lub komisje orzekające, o których mowa w art. 42 DYSCFINU, zaś w dalszej kolejności na etapie wymiaru i orzekania kary.

c) Europejskie Biuro ds. Zwalczenia Oszustw (OLAF)

Wydatkowanie środków unijnych podlega szczegółowej kontroli prowadzonej zarówno przez Instytucje Wspólnotowe, jak i organy krajowe. Jednocześnie Trybunał Obrachunkowy w zaleceniach skierowanych do Komisji Europejskiej wskazał konieczność wzmożenia kontroli przestrzegania prawa zamówień publicznych oraz dokonywania korekt finansowych w przypadku wykrycia naruszeń. Sankcją, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, może być odebranie przyznanej dotacji lub wykluczeniu z dofinansowania.

Europejska polityka finansowa służy realizacji projektów dobra ogólnego. Stąd też uchylanie się od płacenia podatków i opłat, które zasilają budżet Wspólnoty, lub bezprawne wykorzystanie środków wspólnotowych są działaniami na szkodę podatników europejskich.

Zadaniem instytucji europejskich jest więc zagwarantowanie podatnikom europejskim najbardziej efektywnego wykorzystania tych środków oraz skutecznego przeciwdziałania oszustwom. Ochrona interesów finansowych Wspólnoty stała się jednym z najważniejszych priorytetów instytucji europejskich. Działania te obejmują: wykrywanie i monitorowanie oszustw, sprzeniewierzeń subsydiów i uchylania się od zobowiązań podatkowych, które mają bezpośredni skutek dla budżetu Wspólnoty, a także zwalczanie korupcji i wszelkiej nielegalnej działalności, która godzi w interesy Wspólnoty.

Aby wzmocnić środki zapobiegania oszustwom, Komisja stworzyła wewnątrz własnej struktury Europejskie Biuro ds. Zwalczania Oszustw (l'Office européen de lutte anti-fraude – „OLAF”). Biuro wyposażono w kompetencje prowadzenia administracyjnych dochodzeń w przypadkach oszustw, nadając mu szczególny status niezależności działania, ale jest równocześnie częścią struktury Komisji Europejskiej.

OLAF posiada wszelkie umocowania dochodzeniowe przekazane Komisji przez ustawodawstwo unijne oraz na mocy obowiązujących porozumień z państwami spoza Wspólnoty, umożliwiające skonsolidowaną walkę z oszustwami, korupcją oraz wszelkimi nielegalnymi działaniami na szkodę interesów finansowych Wspólnoty Europejskiej. Poza ochroną interesów finansowych, biuro odpowiada za wszelkie operacje związane z ochroną interesów Wspólnoty przed niewłaściwym postępowaniem, które może doprowadzić do wszczęcia postępowania administracyjnego lub karnego. W celu koordynacji działań państw członkowskich w walce przeciwko oszustwom OLAF zapewnia wsparcie ze strony Komisji, mające na celu zorganizowanie bliskiej i regularnej współpracy między odpowiednimi władzami krajowymi.



Biuro jako służba Komisji uczestniczy w planowaniu oraz opracowywaniu metod prewencji oraz przeciwdziałania oszustwom.

OLAF we współpracy z krajowymi partnerami (służby dochodzeniowe, policja, władze sądowe i administracyjne itp.) przeciwdziała przestępstwom oraz oszustwom. OLAF jest do pewnego stopnia motorem „sprawiedliwej Europy”, przeciwstawiającej się przestępczości międzynarodowej godzącej w interesy Wspólnoty.

W świetle umacniania walki z oszustwami OLAF prowadzi zewnętrzne dochodzenia. Uprawnienia te nadane zostały na podstawie przepisów Rozporządzenia Rady nr 2185/96 z dnia 11 listopada 1996 r. – w sprawie kontroli na miejscu oraz inspekcji przeprowadzanych przez Komisję w celu ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich przed nadużyciami finansowymi i innymi nieprawidłowościami⁵⁰.

Jeżeli zawarto właściwe porozumienia o współpracy, OLAF może skorzystać z tego prawa również w krajach spoza Wspólnoty.

W ramach swojej funkcji śledczej biuro prowadzi również kontrole i inspekcje przewidziane w rozporządzeniu Rady nr 2988/95 z dnia 18 grudnia 1995 r. – w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich⁵¹ oraz w innych rozporządzeniach branżowych.

W praktyce oszustwa i inne nadużycia są prawie zawsze wykrywane przy ścisłej współpracy biura OLAF z krajowymi służbami dochodzeniowymi. W tych dziedzinach gospodarki, w których istnieją szczególnie lukratywne źródła nielegalnych zysków, grupy zadaniowe pokazały, że ścisła współpraca między państwami członkowskimi i rzeczywista koordynacja w ramach Wspólnoty mogą być niezwykle przydatne w wykrywaniu oszustw na szeroką skalę. To samo dotyczy wysiłków dokonanych na poziomie krajowym i Wspólnoty przy wprowadzaniu środków prewencyjnych w tych obszarach.

Podsumowując powyższe zaznaczyć należy, iż podejmowanie przez Urzędy Marszałkowskie działań sprzecznych z prawem – ustawą prawo zamówień publicznych i ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – może być podstawą wszczęcia dochodzeń przez OLAF. Zważyć należy, że naruszenia wskazane powyżej związane są między innymi z niewłaściwym wydatkowaniem (planowaniem wydatkowania) środków pochodzących w

⁵⁰ Dziennik Urzędowy L 292 , 15/11/1996 P. 0002 - 0005

⁵¹ Dziennik Urzędowy L 312 , 23/12/1995 P. 0001 - 0004

znacznej mierze z funduszy europejskich, co legitymuje działanie Europejskiego Biura ds. Zwalczania Oszustw.

d) Skutki na rynku dostawy SZT wynikające z działań Zamawiającego

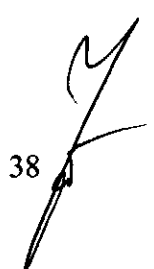
Jak już podkreślono działanie Zamawiającego, który co prawda nie prowadzi działalności na wskazanym rynku właściwym, powoduje, że dochodzi do przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwijania się konkurencji. Praktyki polegające na nadużywaniu pozycji dominującej mogą wywoływać skutki zarówno na rynku na którym działa określony podmiot, jak i na pozostałych rynkach⁵².

Wykonawcy dla dostawy SZT wyłaniani są w drodze przetargów, co ma z założenia pozwolić na wybór najkorzystniejszej oferty, wyeliminowanie korupcji oraz działanie w imię interesu publicznego. Zamawiający ogłasza zamówienie, w którym określony zostaje podmiot zamawiający, przedmiot zamówienia, charakter prawny, ekonomiczny, finansowy i techniczny zamówienia, procedura oraz informacje uzupełniające. Integralną częścią jest także specyfikacja istotnych warunków zamówienia, która już w sposób szczegółowy określa wszystkie elementy przetargu, zgodnie z art. 36 ustawy o zamówieniach publicznych.

Dokonując analizy przetargów, należy stwierdzić, że decydującym elementem jest tu występowanie bądź nie, warunku dopuszczającego do udziału w przetargu, którym jest posiadane doświadczenie. Doświadczenie samo w sobie jest oczywiście elementem bardzo istotnym i korzystnie wpływającym na wybór odpowiedniego wykonawcy. Sam zresztą ustawodawca w art. 22 PZP wskazuje, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali niezbędną wiedzę oraz doświadczenie. W ust. 2 wskazanego artykułu wskazuje jednocześnie, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być przez zamawiającego tak określone, aby utrudniały uczciwą konkurencję.

W analizowanym stanie faktycznym warunek doświadczenia jest elementem, który w decydujący sposób wpływa na charakter przetargu i gdy istnieje przyczynia się niestety do „unicestwienia” występowania konkurencji. Tam gdzie nie ma doświadczenia, tam może konkurować ze sobą kilku przedsiębiorców, a składane przez nich oferty są korzystniejsze. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której przetarg zostaje tak skonstruowany, że uniemożliwia się innym podmiotom konkurencyjną walkę.

⁵² wyrok SOKiK XVII Ama 105/06; wyrok SOKiK XVII Ama 120/06; decyzja Prezesa UOKiK Nr RWR-15/2008; decyzja Prezesa UOKiK Nr RWR-31/2008



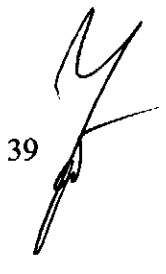
Wyjaśniając powyższe twierdzenia należy bliżej przyjrzeć się omawianemu rynkowi, który zresztą szczegółowo został opisany w punkcie 3 lit a. Rynek ten jest w zasadzie zamknięty. Działa na nim zaledwie kilku przedsiębiorców. Należy zaznaczyć od razu, że wygrana w przetargu stanowi jedyną możliwość zdobycia wymaganego doświadczenia.

Na rynku dochodzi do sytuacji, w której jeżeli zamawiający umieści w warunkach dopuszczających do udziału w przetargu warunek doświadczenia, spowoduje, że z góry zostaje przesądzone, kto dany przetarg wygra i to już nawet przed otrzymaniem stosownych ofert. Prowadzi to z jednej strony do łatwego manipulowania wynikami przetargu. Wystarczy bowiem umieścić odpowiednio skonstruowany warunek doświadczenia. Po drugie umożliwia takiemu przedsiębiorcy dowolne kształtowanie ceny, która niejednokrotnie jest zdecydowanie wyższa, niż oferowana przez tego samego przedsiębiorcę, za taki sam produkt w sytuacji, gdy doświadczenia jako warunku nie ma, a do udziału w przetargu dopuszczonych zostało co najmniej dwóch przedsiębiorców.

Powyższa sytuacja spowodowana jest tym, że w zasadzie tylko jeden podmiot, czyli PESA S.A. może legitymować się odpowiednim doświadczeniem. Nie należy zapominać, że doświadczenie, które trzeba udokumentować powinno być zdobyte z reguły w okresie 36 miesięcy, co powoduje, że wcześniej wygrane przetargi nie odgrywają żadnej roli. Jeżeli określony przedsiębiorca teraz nie wygrywa przetargów, za 1-2 lata zostanie całkowicie wyeliminowany z rynku, jako nieposiadający doświadczenia i tym samym nie będzie w stanie wygrać już żadnego przetargu, co przyczyni się do jego bankructwa i w konsekwencji konkurencja zostanie całkowicie wyeliminowana na rzecz monopolu.

Podsumowując dojdziemy do wniosku, że kiedy z jednej strony stawia się jako warunek doświadczenie, z drugiej uniemożliwia się pozostałym podmiotom jego zdobycie. Nałożenie na przedsiębiorców ubiegających się o otrzymanie zlecenia na dostawę SZT warunków, których nie jest ona w stanie spełnić powoduje, że w konsekwencji przedsiębiorca ten nie ma możliwości „wejścia” na rynek i konkurować z już działającymi na nim podmiotami⁵³. Powoduje to, że Spółkom, którym do tej pory nie udało się zdobyć doświadczenia w produkcji określonego typu pojazdu szynowego – pomimo, że doświadczenie w produkcji pozostałych pojazdów szynowych mają – zamyka się drogę wejścia na rynek. Pozostałe spółki nie mogą zdobyć kolejnych zleceń, a co za tym idzie doświadczenia mimo, że oferowane przez nich oferty są niekiedy znacznie korzystniejsze dla zamawiających.

⁵³ por. wyr. SOKiK z dnia 2.08.2007 r., sygn. akt XVII Ama 100/06



Powyższa sytuacja jest niekorzystna nie tyle z punktu widzenia funkcjonowania konkurencji na rynku, lecz także z punktu widzenia samych zamawiających, którzy zmuszeni zostają do zapłacenia znacznie zawyżonych cen, co naraża budżety wojewódzkie na niepotrzebne wydatki.

Takie działanie niezwykle dotkliwie oddziałuje na istniejącą konkurencję stwarzając innym uczestnikom obrotu bariery ograniczające ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej⁵⁴ i negatywnie wpływają na całą strukturę wskazanego rynku. Z jednej strony blokuje to możliwość rozwoju istniejącej konkurencji na rynku, z drugiej stwarza bariery wejścia na rynek, a jednocześnie, co nie powinno być w ogóle dopuszczalne, kontroluje kierunek rozwoju pozostałych konkurentów. Skrajnym przejawem komentowanej praktyki jest także eliminacja innych przedsiębiorców z rynku oraz wyeliminowanie potencjalnej możliwości powstania konkurencji na rynku⁵⁵.

W sytuacji, gdy wskazanego warunku nie ma czy też skonstruowany jest w inny sposób, wszystko wygląda zdecydowanie inaczej. W przetargu może bowiem startować więcej podmiotów niż tylko jedyna PESA S.A., co sprawia, że istnieją warunki konkurencji, a nie monopolu, jak to się dzieje w przypadku przetargów, w których głównym kryterium jest doświadczenie odnoszące się do ściśle określonego typu pojazdu.

Na zakończenie należy zaznaczyć, że mechanizmy rynkowe funkcjonują zdecydowanie efektywniej, gdy na rynku działa więcej przedsiębiorców⁵⁶.

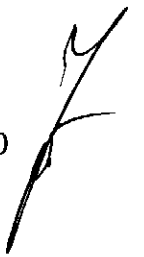
5. Wnioski w zakresie konstrukcji warunku doświadczenia

Procesy produkcyjne autobusów szynowych, innych SZT oraz EZT nie różnią się znacząco. W związku z tym wykonawcy oferujący EZT (w tym np. NEWAG S.A.) dysponują doświadczeniem i zapleczem technicznym, niezbędnym przy produkcji SZT. Podobnie podmioty trudniące się produkcją i modernizacją lokomotyw i wagonów (co również tyczy się Protestującego), posiadają kwalifikacje potrzebne do wyprodukowania SZT. Stwierdzić ponadto trzeba, iż podmioty dysponujące doświadczeniem i zapleczem technicznym w zakresie produkcji bazowych podzespołów, wchodzących standardowo w skład wszystkich SZT (jak np. wózki czy pudła) dysponują przez to doświadczeniem niezbędnym do wyprodukowania SZT jako całości. Podsumowując, podmiot, w którego ofercie znaleźć można lokomotywy, czy wagony, zajmujący się ponadto modernizacją

⁵⁴ dec. Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2008 r., Nr RLU-63/2008

⁵⁵ dec. Prezesa UOKiK z dnia 30.12.2008 r., Nr RKR-47/2008

⁵⁶ dec. Prezesa UOKiK z dnia 5.07.2006 r., Nr RPZ-18/2006; dec. Prezesa UOKiK z dnia 26.11.2008 r., Nr RLU-56/2008



wskazanych pojazdów i mający w związku z tym doświadczenie w zakresie produkcji pewnych standardowych podzespołów, które odnaleźć można w Spalinowych Zespołach Trakcyjnych, będzie jednocześnie legitymował się doświadczeniem niezbędnym do produkcji SZT.

W kwestii bezpieczeństwa i ochrony środowiska, wymagania dla obydwu pojazdów regulowane są przez Polską Normę EN 12663 „Kolejnictwo. Wymagania konstrukcyjno – wytrzymałościowe dotyczące pudeł kolejowych pojazdów szynowych”. Norma ta przewiduje jedne i niezmiennie wymagania w zakresie bezpieczeństwa konstrukcji pudeł pojazdów, bez względu na zastosowany rodzaj napędu. Co więcej, zgodnie z tą normą wymagania dla produkowanych uprzednio przez Wykonawcę EZT są wyższe niż dla autobusów szynowych. Ponadto rozwiązania stosowane w autobusach szynowych, co do zasady nie odbiegają od tych stosowanych w innych pojazdach mechanicznych napędzanych silnikiem spalinowym. Podkreślenia wymaga, iż żaden z producentów autobusów szynowych nie jest jednocześnie producentem silników spalinowych i ich osprzętu. Elementy te produkowane i dostarczane są producentom taboru szynowego jako gotowe do zamontowania w pojeździe zespoły. Odzwierciedleniem tego stanu są chociażby przypadki przetargów na naprawy autobusów szynowych, gdzie inne samorzady wojewódzkie wymagają, aby naprawy silnika i osprzętu dokonywane były przez autoryzowany serwis producenta silnika. Zdaniem Protestującego standard i poziom techniki napędu spalinowego autobusu szynowego nie wymaga od producenta ani specjalnego doświadczenia, ani też specjalnej wiedzy, by móc prawidłowo dokonać jego montażu i późniejszego nadzoru eksploatacji.

W związku z powyższym, kiedy warunek polegający na wykazaniu się doświadczeniem w dostawie autobusu szynowego może spełnić tylko jeden podmiot, Zamawiający powinien go tak zmodyfikować, aby jednocześnie wybrać podmiot rzetelny, solidny posiadający odpowiednie umiejętności, a z drugiej dopuścić do przetargu większą liczbę podmiotów niż tylko jeden, w celu wykonania dyspozycji z art. 22 ust. 2 PZP i nie naruszania zasady uczciwej konkurencji. Wielu wykonawców pomimo, iż nie spełnia wymaganego doświadczenia (co nie wynika z ich winy, czy braku umiejętności, ale ze struktury i organizacji różnych aspektów rynku, który obecnie pozostaje niestety zamknięty dla podmiotów innych niż PESA S.A.) posiada odpowiednie umiejętności techniczne oraz może wykazać się doświadczeniem w budowie innych pojazdów szynowych np. EZT, lokomotyw spalinowych i elektrycznych, wagonów, co powoduje, że taki podmiot jest w stanie należycie wykonać zamówienie i powinien zostać dopuszczony do przetargu. *Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ma prawo*

do takiego opisania warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.) (...)⁵⁷.

6. Ciężar dowodu

W przedmiotowej sprawie nie znajdują zastosowania reguły ogólne dotyczące ciężaru dowodu określone w przepisie art. 6 Kodeksu Cywilnego, które ciężar udowodnienia określonych okoliczności, nakładają na podmiot, który z określonego faktu wywodzi określone skutki prawne.

Na Protestującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że kwestionowane przez niego wymogi SIWZ mogą utrudniać uczciwą konkurencję. Dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym.

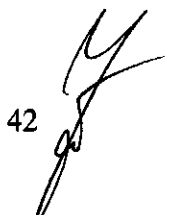
KIO w wyroku z dnia 30 grudnia 2008 roku⁵⁸ stwierdziła, że przepis „art. 29 ust. 2 pzp posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na Wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym.”

W związku z faktem, że art. 22 ust. 2 PZP zawiera taki sam zwrot: w sposób, który mógłby utrudniać konkurencję, analogicznie należy uznać, że we wskazanej sprawie to na Zamawiającym będzie ciążył obowiązek udowodnienia, że okoliczności, które zostały szczegółowo i wyczerpująco udowodnione przez Protestującego w niniejszym przetargu nie miały miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, konieczność wprowadzenia zmian proponowanych przez Składającego niniejszy protest jest w pełni uzasadniona. Stosowanie dotychczasowego brzmienia kwestionowanych przez Protestującego klauzul ogłoszeń o przetargu oraz SIWZ doprowadziło do monopolizacji przez jeden podmiot

⁵⁷ wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., KIO/UZP 561/08

⁵⁸ KIO/UZP 1463/08



42

przetargów na SZT w latach 2002-2009. Utrzymanie ich doprowadzi zaś do petryfikacji tego stanu, a więc do całkowitego wyłączenia konkurencji na tym rynku, co będzie stanowiło naruszenie interesu publicznego.

W opinii Protestującego jedyną możliwością przywrócenia konkurencyjności postępowań przetargowych na SZT jest zmiana treści ogłoszenia o postępowaniu oraz SIWZ poprzez wprowadzenie do nich warunku doświadczenia w wersji zaproponowanej przez NEWAG S.A. tj. **„w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali dostawę lub dostawy obejmującą/e minimum trzy pojazdy szynowe”**, o co wnosi Protestujący.

WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCYJNO-TECHNICZNY

Wiesław Piwowar

NEWAG Spółka Akcyjna
ul. Wyspiańskiego 3, skr. poczt. nr 25
tel. /0-18/ 449-63-60, fax 449-63-66
33-300 Nowy Sącz
NIP 734-00-09-400

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

Zbigniew Kubiś

Załączniki:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 206.000 Euro na wykonanie i dostawę 10 sztuk autobusów szynowych o napędzie spalinowym dla Województwa Zachodniopomorskiego wraz z możliwością udzielenia zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego (WOIRZL - II / WW / 3332 /12/09);
2. Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych będący załącznikiem Nr 2.1. do oferty PESA S.A. przetarg 2009/S 67-097015;
3. Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych będący załącznikiem Nr 2.1. do oferty Cegielski Poznań przetarg 2009/S 67-097015;
4. Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych będący załącznikiem Nr 2.1. do oferty TS „Opole” przetarg 2009/S 67-097015;
5. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia sporządzona w ramach przetargu na zakup autobusów szynowych dla Samorządu Województwa Dolnośląskiego (dostawy oznaczone kodem CPV: 34.62.00.00-9);
6. Aktualny odpis KRS.

ODDZIAŁ CENTRALNEJ INFORMACJI
KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO
ul. Strzelecka 1 a
33300 Nowy Sącz



KRAJOWY REJESTR SĄDOWY

Stan na dzień 01.10.2009 godz. 13:00:25

Numer KRS: **0000066315**

**ODPIS AKTUALNY
Z REJESTRU PRZEDSIĘBIORCÓW**

	30.11.2001	
20		24.09.2009
KR.XII NS-REJ.KRS/10982/09/313		
SĄD REJONOWY DLA KRAKOWA-ŚRÓDMIEŚCIA W KRAKOWIE , XII WYDZIAŁ GOSPODARCZY KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO		

Dział 1

	SPÓŁKA AKCYJNA
	REGON: 490490757, NIP: 7340009400
	"NEWAG" SPÓŁKA AKCYJNA
	RHB 780 SĄD REJONOWY WYDZIAŁ V GOSPODARCZY W NOWYM SĄCZU
	NIE

	kraj POLSKA, woj. MAŁOPOLSKIE, powiat M. NOWY SĄCZ, gmina M. NOWY SĄCZ, miejsc. NOWY SĄCZ
	ul. WYSPIAŃSKIEGO, nr 3, lok. ---, miejsc. NOWY SĄCZ, kod 33-300, poczta NOWY SĄCZ, kraj POLSKA

Brak wpisów

WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCJI I TECHNICZNY

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

Wiesław Piłowski

szek

06.09.1994R KANC. NOTAR. PAWEŁ BŁASZCZAK WARSZAWA REP. A NR 17206/94
ZMIANY STATUTU DOTYCZĄCYCH NIEZAREJESTROWANE AKT NOT. Z 30.05.2001 KANC.NOTAR.
Za zgodność z oryginałem

05 10 2009



6 210 000,00 zł

2760000

2,25 zł

6 210 000,00 zł

Brak wpisów

A

2300000

B

460000

AKCJE NIE SĄ UPZYWILEJOWANE

Brak wpisów

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

Dział 2 WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCJI I INŻYNIER-TECHNICZNY

Zbigniew Konieczek

ZARZĄD

DO SKŁADANIA OŚWIADCZEŃ I PODPISYWANIA W IMIENIU SPÓŁKI WYMAGANE JEST WSPÓŁDZIAŁANIE DWÓCH CZŁONKÓW ZARZĄDU LUB JEDNEGO CZŁONKA ZARZĄDU ŁĄCZNIE Z PROKURENTEM.

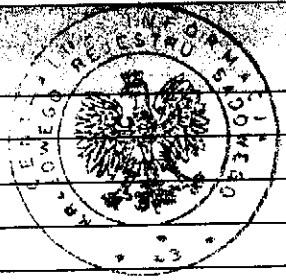
Podpunkt 1
Dane osób wchodzących w skład organu

	KONIECZEK
	ZBIGNIEW STANISŁAW
	59043013494

	PREZES ZARZĄDU
	NIE

	PIWOWAR
	WIESŁAW WŁADYSŁAW
	59010219111

WICEPREZES ZARZĄDU	
NIE	



RADA NADZORCZA

Dane osób wchodzących w skład organu

	JAKUBAS
	ZBIGNIEW
	52042503474
	ZIÓŁEK
	KATARZYNA WERONIKA
	60032901083
	IGNASIAK
	ARKADIUSZ JAN
	72040407112

WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCYJNO-TECHNICZNY

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

Zbigniew Konieczek

	BOREK
	BOGDAN KRZYSZTOF
	69011313738
	SAMOISTNA

Dział 3



33, 17, Z, NAPRAWA I KONSERWACJA POZOSTALEGO SPRZĘTU TRANSPORTOWEGO
30, 20, Z, PRODUKCJA LOKOMOTYW KOLEJOWYCH ORAZ TABORU SZYNOWEGO
25, 62, Z, OBRÓBKA MECHANICZNA ELEMENTÓW METALOWYCH
28, 11, Z, PRODUKCJA SILNIKÓW I TURBIN, Z WYŁĄCZENIEM SILNIKÓW LOTNICZYCH, SAMOCHODOWYCH I MOTOCYKLOWYCH
29, 10, A, PRODUKCJA SILNIKÓW DO POJAZDÓW SAMOCHODOWYCH (Z WYŁĄCZENIEM MOTOCYKLI) ORAZ DO CIĄGNIKÓW ROLNICZYCH
33, 12, Z, NAPRAWA I KONSERWACJA MASZYN
33, 20, Z, INSTALOWANIE MASZYN PRZEMYSŁOWYCH, SPRZĘTU I WYPOSAŻENIA
45, 20, Z, KONSERWACJA I NAPRAWA POJAZDÓW SAMOCHODOWYCH, Z WYŁĄCZENIEM MOTOCYKLI
52, 21, Z, DZIAŁALNOŚĆ USŁUGOWA WSPOMAGAJĄCA TRANSPORT LĄDOWY
28, 15, Z, PRODUKCJA ŁOŻYSK, KÓŁ ZĘBATYCH, PRZEKŁADNI ZĘBATYCH I ELEMENTÓW NAPĘDOWYCH
25, 11, Z, PRODUKCJA KONSTRUKCJI METALOWYCH I ICH CZĘŚCI
33, 11, Z, NAPRAWA I KONSERWACJA METALOWYCH WYROBÓW GOTOWYCH
43, 99, Z, POZOSTAŁE SPECJALISTYCZNE ROBOTY BUDOWLANE, GDZIE INDZIEJ NIESKLASYFIKOWANE
24, 51, Z, ODLEWNICTWO ŻELIWA
24, 53, Z, ODLEWNICTWO METALI LEKKICH
24, 54, A, ODLEWNICTWO MIEDZI I STOPÓW MIEDZI
25, 50, Z, KUCIE, PRASOWANIE, WYTŁACZANIE I WALCOWANIE METALI; METALURGIA PROSZKÓW
25, 61, Z, OBRÓBKA METALI I NAKŁADANIE POWŁOK NA METALE
25, 93, Z, PRODUKCJA WYROBÓW Z DRUTU, ŁAŃCUCHÓW I SPRĘŻYN
25, 94, Z, PRODUKCJA ZŁĄCZY I ŚRUB
25, 73, Z, PRODUKCJA NARZĘDZI
28, 41, Z, PRODUKCJA MASZYN DO OBRÓBKI METALU
28, 49, Z, PRODUKCJA POZOSTAŁYCH NARZĘDZI MECHANICZNYCH
28, 92, Z, PRODUKCJA MASZYN DLA GÓRNICICTWA I DO WYDOBYWANIA ORAZ BUDOWNICTWA
25, 91, Z, PRODUKCJA POJEMNIKÓW METALOWYCH
25, 29, Z, PRODUKCJA POZOSTAŁYCH ZBIORNIKÓW, CYSTERN I POJEMNIKÓW METALOWYCH
25, 21, Z, PRODUKCJA GRZEJNIKÓW I KOTŁÓW CENTRALNEGO OGRZEWANIA
29, 20, Z, PRODUKCJA NADWOZI DO POJAZDÓW SILNIKOWYCH; PRODUKCJA PRZYCZEP I NACZEP
29, 32, Z, PRODUKCJA POZOSTAŁYCH CZĘŚCI I AKCESORIÓW DO POJAZDÓW SILNIKOWYCH, Z WYŁĄCZENIEM MOTOCYKLI
28, 22, Z, PRODUKCJA URZĄDZEŃ DŹWIGOWYCH I CHWYTKÓW
43, 29, Z, WYKONYWANIE POZOSTAŁYCH INSTALACJI BUDOWLANYCH
28, 21, Z, PRODUKCJA PIECÓW, PALENISK I PALNIKÓW PIECOWYCH
16, 10, Z, PRODUKCJA WYROBÓW TARTACZNYCH
16, 22, Z, PRODUKCJA GOTOWYCH PARKIETÓW PODŁOGOWYCH
16, 23, Z, PRODUKCJA POZOSTAŁYCH WYROBÓW STOLARSKICH I CIESIELSKICH DLA

WICEPREZES ZARZĄDU

DIREKTOR PRODUKCJI I AKCESORIÓW DO POJAZDÓW SILNIKOWYCH,

PREZES ZARZĄDU

W: Wiesław Piwowar, DZIEKANOWO 10, 24-100 BIELSKO PODLASKIE, TEL. 22 710 2100, FAX. 22 710 2101, E-MAIL: bielsko@poczta.onet.pl

DIREKTOR NACZELNY

W: Andrzej Konieczek, ul. 1 Maja 10, 24-100 Bielsko Podlaskie, tel. 22 710 2100, fax. 22 710 2101, e-mail: bielsko@poczta.onet.pl

05 10 2009

Za zgodność z oryginałem

BUDOWNICTWA



43, 32, Z, ZAKŁADANIE STOLARKI BUDOWLANEJ
43, 91, Z, WYKONYWANIE KONSTRUKCJI I POKRYĆ DACHOWYCH
35, 11, Z, WYTWARZANIE ENERGII ELEKTRYCZNEJ
35, 13, Z, DYSTRYBUCJA ENERGII ELEKTRYCZNEJ
35, 14, Z, HANDEL ENERGIĄ ELEKTRYCZNĄ
35, 30, Z, WYTWARZANIE I ZAOPATRYWANIE W PARĘ WODNĄ, GORĄCĄ WODĘ I POWIETRZE DO UKŁADÓW KLIMATYZACYJNYCH
46, 71, Z, SPRZEDAŻ HURTOWA PALIW I PRODUKTÓW POCHODNYCH
20, 11, Z, PRODUKCJA GAZÓW TECHNICZNYCH
46, 77, Z, SPRZEDAŻ HURTOWA ODPADÓW I ZŁOMU
47, 79, Z, SPRZEDAŻ DETALICZNA ARTYKUŁÓW UŻYWANYCH PROWADZONA W WYSPECJALIZOWANYCH SKLEPACH
47, 91, Z, SPRZEDAŻ DETALICZNA PROWADZONA PRZEZ DOMY SPRZEDAŻY WYSŁKOWEJ LUB INTERNET
47, 99, Z, POZOSTAŁA SPRZEDAŻ DETALICZNA PROWADZONA POZA SIECIĄ SKLEPOWA, STRAGANAMI I TARGOWISKAMI
68, 20, Z, WYNAJEM I ZARZĄDZANIE NIERUCHOMOŚCIAMI WŁASNYMI LUB DZIERŻAWIONYMI
72, 19, Z, BADANIA NAUKOWE I PRACE ROZWOJOWE W DZIEDZINIE POZOSTAŁYCH NAUK PRZYRODNICZYCH I TECHNICZNYCH
71, 20, B, POZOSTAŁE BADANIA I ANALIZY TECHNICZNE
49, 39, Z, POZOSTAŁY TRANSPORT LĄDOWY PASAŻERSKI, GDZIE INDEJ NIESKLASYFIKOWANY
49, 41, Z, TRANSPORT DROGOWY TOWARÓW
49, 42, Z, DZIAŁALNOŚĆ USŁUGOWA ZWIĄZANA Z PRZEPROWADZKAMI
82, 99, Z, POZOSTAŁA DZIAŁALNOŚĆ WSPOMAGAJĄCA PROWADZENIE DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ, GDZIE INDEJ NIESKLASYFIKOWANA
74, 90, Z, POZOSTAŁA DZIAŁALNOŚĆ PROFESJONALNA, NAUKOWA I TECHNICZNA, GDZIE INDEJ NIESKLASYFIKOWANA
74, 10, Z, DZIAŁALNOŚĆ W ZAKRESIE SPECJALISTYCZNEGO PROJEKTOWANIA
49, 10, Z, TRANSPORT KOLEJOWY PASAŻERSKI MIĘDZYMIASTOWY
49, 20, Z, TRANSPORT KOLEJOWY TOWARÓW
49, 39, Z, POZOSTAŁY TRANSPORT LĄDOWY PASAŻERSKI, GDZIE INDEJ NIE SKLASYFIKOWANY
49, 31, Z, TRANSPORT LĄDOWY PASAŻERSKI, MIEJSKI I PODMIEJSKI
77, 12, Z, WYNAJEM I DZIERŻAWA POZOSTAŁYCH POJAZDÓW SAMOCHODOWYCH, Z WYŁĄCZENIEM MOTOCYKLI
77, 39, Z, WYNAJEM I DZIERŻAWA POZOSTAŁYCH MASZYN, URZĄDZEŃ ORAZ DÓBR MATERIALNYCH, GDZIE INDEJ NIESKLASYFIKOWANE

WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCYJNO-TECHNICZNY

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

Wzrost	Wzrost	Data złożenia	Zakres od do
		27.01.2001	01.01.2000R DO 31.12.2000R
		12.03.2002	01.01.2001R DO 31.12.2001R
		18.03.2004	01.01.2002 R DO 31.12.2002 R



23.08.2005	01.01.2004 - 31.12.2004R.
30.06.2006	01.01.2005 R. DO 31.12.2005 R.
30.03.2007	01.01.2005-31.12.2005 ROK
20.08.2000	01.01.2006-31.12.2006 ROK
31.07.2008	OD 01.01.2007 R DO 31.12.2007 R
28.08.2009	01.01.2008-31.12.2008
*****	01.01.2000R DO 31.12.2000R
*****	01.01.2001R DO 31.12.2001R
*****	01.01.2002 R DO 31.12.2002 R
*****	01.01.2004 - 31.12.2004R.
*****	01.01.2005 R. DO 31.12.2005 R.
*****	01.01.2005-31.12.2005 ROK
*****	01.01.2006-31.12.2006 ROK
*****	OD 01.01.2007 R DO 31.12.2007 R
*****	01.01.2008-31.12.2008
*****	01.01.2000R DO 31.12.2000R
*****	01.01.2001R DO 31.12.2001R
*****	01.01.2002 R DO 31.12.2002 R
*****	01.01.2004 - 31.12.2004R.
*****	01.01.2005 R. DO 31.12.2005 R.
*****	01.01.2005-31.12.2005 ROK
*****	01.01.2006-31.12.2006 ROK
*****	OD 01.01.2007 R DO 31.12.2007 R
*****	01.01.2008-31.12.2008
*****	01.01.2000R DO 31.12.2000R
*****	01.01.2001R DO 31.12.2001R
*****	01.01.2002 R DO 31.12.2002 R
*****	01.01.2004 - 31.12.2004R.
*****	01.01.2005 R. DO 31.12.2005 R.
*****	01.01.2005-31.12.2005 ROK
*****	01.01.2006-31.12.2006 ROK
*****	OD 01.01.2007 R DO 31.12.2007 R
*****	01.01.2008-31.12.2008

WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRACOWNIK

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

06.12.2007	01.01.2006-31.12.2006
28.08.2009	01.01.2008-31.12.2008
*****	01.01.2006-31.12.2006
*****	01.01.2008-31.12.2008
*****	01.01.2006-31.12.2006
*****	01.01.2008-31.12.2008

Zbigniew Konieczek

Za zgodność z oryginałem

05 10 2009



[REDACTED]	*****	01.01.2006-31.12.2006
	*****	01.01.2008-31.12.2008

[REDACTED]

Brak wpisów

Dział 4

[REDACTED]

Brak wpisów

[REDACTED]

Brak wpisów

[REDACTED]

Brak wpisów

[REDACTED]

Brak wpisów

Dział 5

[REDACTED]

Brak wpisów

Dział 6

[REDACTED]

Brak wpisów

WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCJI I TECHNOLOGII

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

Wiesław Piwowar Zbigniew Konieczek

Brak wpisów

Brak wpisów

Brak wpisów

Brak wpisów

Brak wpisów

Brak wpisów

Brak wpisów

Nowy Sącz, 01.10.2009 godz: 13:00:25

WICEPREZES ZARZĄDU PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCYJNO-TECHNICZNY DYREKTOR NACZELNY

Wiesław Piwowar pieczęć godłem Zbigniew Konieczek

Podpis

Wiktoria
WIKTOR TERESA

05 10 2009



Za zgodność z oryginałem