

WYROK

z dnia 17 czerwca 2020 r.

- w składzie:  
Krajowa Izba Odwoławcza

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Bartosz Stankiewicz

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania  
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2020 r. przez

wykonawcę Bozankaya Otomotiv Makina imalat ithalat ve ihrachat A.Ş. z siedzibą w  
Ankarze, Turcja w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miejskie  
Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale

A. wykonawcy Modertrans Sp. z o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje  
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 558/20 po stronie  
Zamawiającego,

B. wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy  
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 558/20  
po stronie Zamawiającego,

C. wykonawcy Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego  
swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 558/20 po stronie  
Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Bozankaya Otomotiv Makina imalat  
ithalat ve ihrachat A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Turcja i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr  
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Bozankaya

Otomotiv Makina imalat ithalat ve ihrachat A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Turcja tytułem wpisu  
od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 558/20

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę 25 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych z niezbędnym wyposażeniem dla MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu wraz z prawem opcji”, znak sprawy: KU.241/pn7\_2020/AR.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 020-045194 z dnia 29 stycznia 2020 r., które następnie zostało częściowo zmienione ogłoszeniem z dnia 10 marca 2020 r. pod nr 2020/S 049-117181.

W dniu 5 marca 2020 r. została również zmieniona częściowo treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z powyższymi zmianami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: Bozankaya

Otomotiv Makina imalat ithalat ve ihrachat A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Turcja w dniu 16 marca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zmiany treści SIWZ, w zakresie będącej częścią I SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców, zwanej

dalej IDW, w przedmiocie brzmienia pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW, która nastąpiła w dniu 4 marca 2020 r. oraz czynności zmiany treści ogłoszenia nr 2020/S 020-045194 z dnia 29 stycznia 2020 r. w zakresie brzmienia punktu III.1.3 dokonaną ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej pod nr 2020/S 049-117181 w dniu 10 marca 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 1a oraz art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 1 i art. 58 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i

Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/ 1 8/WE i art. 36 ust. 1 i 78 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/ 1 7/WE poprzez zmianę warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowych - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2.

ppkt 1) lit b) IDW i pkt III.1.3 Ogłoszenia - i jego określenie w sposób utrudniający dostęp do zamówienia i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, polegający na wskazaniu, że wykonawca spełni warunek zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienia polegające na dostawie co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów zdefiniowanych na potrzeby niniejszego Postępowania, jako pasażerski pojazd drogowy o miejscach siedzących dla więcej niż 9 (dziewięciu) osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych poruszający się po szynach, z których minimum 1 (jeden) uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych, zwanego dalej: GPA lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska, podczas gdy takie ukształtowanie warunku udziału w Postępowaniu w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp do Postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia oraz w szczególności w sposób nieuzasadniony nie dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców z państw stron GPA, którzy zrealizowali dostawy do Zamawiających posiadających siedzibę w państwach niebędących stronami GPA;

2. art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a, art 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowych - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW i pkt III.1.3 Ogłoszenia - w sytuacji braku zaistnienia obiektywnych i uzasadnionych podstaw do dokonania zmiany SIWZ, a przy tym brak jakiegokolwiek uzasadnienia przedmiotowej zmiany SIWZ, w szczególności, gdy zmiana treści IDW oraz Zmiana Ogłoszenia doprowadziły do określenia warunku udziału w postępowaniu, który w świetle zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności jest nieuzasadniony, jako naruszający te podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia;

3. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenia mogą mieć wpływ na wynik Postępowania, albowiem Zamawiający nie dokonał określenia wymagania w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowych w oparciu o obiektywne przesłanki, zapewniające dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wszystkich wykonawców zdolnych do rzetelnej realizacji zamówienia, a zatem określił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowych - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW - w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym, Odwołujący wnoszą o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art.192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności zmiany SIWZ, która nastąpiła w dniu 4 marca

2020 r;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowych - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW i pkt. III.1.3 Ogłoszenia - w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. poprzez przywrócenie brzmienia warunku nadanego mu zmianą SIWZ z dnia 14 lutego 2020 r. oraz dokonania korespondującej zmiany treści Ogłoszenia na wypadek nieuwzględnienia żądania z pkt 2 Powyżej

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowych - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW i pkt. III.1.3 Ogłoszenia - w następujący sposób:

pkt 9.1. ppkt 3) IDW

3) Posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienia polegające na

dostawie co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów zdefiniowanych na potrzeby niniejszego postępowania, jako pasażerski pojazd drogowy o miejscach siedzących dla więcej niż dziewięciu osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych poruszający się po szynach, z których minimum jeden został dopuszczony do eksploatacji z pasażerami.

Warunek zostanie uznany za spełniony w przypadku, gdy dostawa co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów, z których minimum jeden został dopuszczony do eksploatacji z pasażerami nastąpiła w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert:

- w ramach zakończonych w tym okresie umów, lub
- w ramach trwających umów obejmujących dostawę większej liczby pojazdów, na podstawie których zrealizowano już dostawy określone powyżej, których należyte wykonanie

zostanie potwierdzone stosownymi dokumentami zgodnie z zapisami pkt 11.2 ppkt 1) lit b IDW.”.

pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW

“Wykazu wykonanych dostaw -a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem zamówień polegających na dostawie co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów zdefiniowanych na potrzeby niniejszego postępowania, jako pasażerski pojazd drogowy o miejscach siedzących dla więcej niż dziewięciu osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych poruszający się po szynach, z których minimum jeden został dopuszczony do eksploatacji z pasażerami' wraz z podaniem ilości pojazdów, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane - wzór stanowi Załącznik nr 3 do IDW, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

\* Warunek zostanie uznany za spełniony w przypadku, gdy dostawa co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów, z których minimum jeden został dopuszczony do eksploatacji z pasażerami, nastąpiła w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert:

- w ramach zakończonych w tym okresie umów, lub
- w ramach trwających umów obejmujących dostawę większej liczby pojazdów, na podstawie których zrealizowano już dostawy określone powyżej, których należyte wykonanie

zostanie potwierdzone stosownymi dokumentami zgodnie z zapisami pkt 11.2 ppkt 1) lit b IDW;” a w przypadku, gdyby doszło do rozpoznania niniejszego odwołania po upływie terminu składania ofert:

4. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy

Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Jednocześnie, Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uzasadniając swój interes w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp

mające istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, Odwołujący byłby w stanie złożyć ofertę i ubiegać się o udzielenie zamówienia. Co za tym idzie, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem.

Odwołujący zadeklarował, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Według twierdzenia Odwołującego - jego interes w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że jest on producentem tramwajów elektrycznych i realizuje zamówienia w tym zakresie, w związku z czym jest podmiotem dysponującym potencjałem do wykonania zamówienia w niniejszym postępowaniu. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może uniemożliwić Odwołującemu udział i wygranie postępowania, a co za tym idzie wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - pkt 9.1. ppkt 3) IDW [pkt III.1.3. Ogłoszenia] - Zamawiający sformułował następujący warunek: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienia polegające na dostawie co najmniej 20 (dwudziestu) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych.”

Dodatkowo, Odwołujący przywołał okoliczność, że w dniu 10 lutego 2020 r. Modertrans Poznań sp. z o.o., zwany dalej: Modertrans, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a ustawy Pzp poprzez określenie w punkcie III.1.3 Ogłoszenia oraz pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW, warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej o kwalifikacji zawodowych w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, m. in. w zakresie zaniechania przez Zamawiającego powiązania dostaw pojazdów z jakimkolwiek doświadczeniem wykonawcy w zakresie

uzyskiwania homologacji na obszarze UE przez co najmniej 1 (jeden) pojazd.

Zauważył również, że Zamawiający w dniu 14 lutego 2020 r. dokonał zmiany brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - pkt 9.1. ppkt 3) IDW (oraz konsekwentnie zmian w zakresie pkt 11.2 ppkt 1) lit b)) i nadał mu następujące brzmienie:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

- w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienia polegające na dostawie co najmniej 20 (dwudziestu) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych rozumianych jako pojazdy poruszające się wyłącznie po szynach z własnym napędem elektrycznym i bez własnego źródła energii (energia elektryczna pobierana jest z sieci trakcyjnej i zamieniana jest w silnikach elektrycznych na pracę mechaniczną), w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów (zdefiniowanych poniżej).

Jako elektryczne pojazdy szynowe spełniający powyższą definicję Zamawiający uzna:

- tramwaj, zdefiniowany jako pasażerski pojazd drogowy o miejscach siedzących dla więcej niż dziewięciu osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych lub napędzany silnikiem spalinowym oraz poruszający się po szynach;

- metro, zdefiniowane jako kolej elektryczna przeznaczona do transportu pasażerów, o zdolności przepustowej umożliwiającej obsługę ruchu o dużym nasileniu oraz charakteryzująca się wyłącznymi prawami drogi, wielowagonowymi pociągami, dużą prędkością i szybkim przyspieszeniem, złożonym systemem sygnalizacji, jak również brakiem skrzyżowań jednopoziomowych, w celu umożliwienia wysokiej częstotliwości jazdy pociągów oraz dużego obciążenia peronu. Metro charakteryzują ponadto rozmieszczone blisko siebie stacje, co zwykle oznacza odległość 700-1200 m między stacjami. „Duża prędkość”; odnosi się do porównania z tramwajami i koleją miejską i oznacza w tym przypadku około 30-40 km/h na krótszych odcinkach i 40- 70 km/h na dłuższych odcinkach;

- elektryczny zespół trakcyjny, zdefiniowany jako pojazd szynowy, składający się zazwyczaj z dwóch członów sterowniczych (po jednym na każdym końcu pojazdu, człony skrajne) oraz członów pośrednich, opartych na wózkach klasycznych lub tzw. wózkach Jakobsa, przystosowany do przewozu pasażerów,

- lokomotywę elektryczną, zdefiniowaną jako lokomotywę z co najmniej jednym silnikiem elektrycznym, czerpiąca prąd głównie z przewodów napowietrznych lub szyn prądowych (trzecich) lub przewożonych na lokomotywie akumulatorów. Tak wyposażoną lokomotywę, która posiada również silnik (wysokoprężny lub inny) zasilający w prąd silnik elektryczny, gdy nie ma możliwości czerpania prądu z przewodu napowietrznego lub szyny prądowej, klasyfikuje się jako lokomotywę elektryczną.

Zamawiający uzna warunek za spełniony w następujących sytuacjach:

- w przypadku gdy Wykonawca w ramach trwającego/trwających kontraktów/ów obejmujących dostawę większej liczby pojazdów dostarczył co najmniej 20 (dwadzieścia) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 (pięć) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, zgodnie z opisem warunku, co będzie w stanie potwierdzić stosownymi dokumentami zgodnie z zapisami pkt 11.2 ppkt 1) lit b IDW;

- w przypadku gdy realizacja dostaw co najmniej 20 (dwudziestu) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, zgodnie z opisem warunku, w ramach danego/danych kontraktów/ów rozpoczęła się przed okresem ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, ale zakończyła się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, tj. co najmniej 1 (jeden) elektryczny pojazd szynowy (lub tramwaj) w ramach danego kontraktu został dostarczony w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert;

- w przypadku gdy realizacja dostaw co najmniej 20 (dwudziestu) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, (zgodnie z opisem warunku) rozpoczęła się i zakończyła w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.”.

Następnie w dniu 18 lutego 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie Modertrans (sygn. akt sprawy KIO 269/20) w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując m. in. że zarzut Modertrans o braku powiązania dostaw pojazdów z jakimkolwiek

doświadczeniem wykonawcy w zakresie uzyskiwania homologacji na obszarze UE jest

całkowicie bezzasadny, ponieważ w opinii Zamawiającego zastosowanie tego wymogu naruszało zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

W dniu 21 lutego 2020 r., Modertrans dokonał cofnięcia odwołania w związku z czym postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 269/20 zostało umorzone.

W dniu 24 lutego 2020 r. Modertrans, wniósł kolejne odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w brzmieniu nadanym zmianą z 14 lutego 2020 r. w którym po raz kolejny zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a ustawy Pzp poprzez określenie w punkcie 11.1.3 Ogłoszenia oraz pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW, warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w sposób nieadekwatny do przedmiotu

zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, m. in. w zakresie zaniechania przez Zamawiającego powiązania dostaw pojazdów z jakimkolwiek doświadczeniem wykonawcy w zakresie uzyskiwania przez co najmniej 1 pojazd homologacji na obszarze Unii Europejskiej lub w państwach stronach

9

Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych (GPA) lub państwach stronach umów międzynarodowych, których stroną jest Unią Europejska.

W związku z powyższym Odwołujący wywodził, że pomimo wcześniejszego stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 269/20, w dniu 4 marca 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW - wskutek którego Zamawiający dokonał powiązania warunku udziału w postępowaniu z wymogiem zrealizowania dostaw tramwajów elektrycznych, z których minimum 1 (jeden) uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub w państwie stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska. Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia takiej zmiany.

Jednocześnie w dniu 6 marca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie Modertrans (sygn. akt sprawy KIO 402/20) w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując na uwzględnienie części zarzutów Modertrans poprzez dokonaną w dniu 4 marca 2020 r. zmianę brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - pkt 9.1 ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW.

Zaznaczył przy tym, że w ocenie Zamawiającego powiązanie warunku udziału w postępowaniu z wymogiem zrealizowania dostaw tramwajów elektrycznych, z których minimum 1 (jeden) uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację), jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zarzucił, że Zamawiający nie uzasadnił jednak w żaden sposób dlaczego zmienił warunek udziału w postępowaniu w zakresie w jakim odnosi się on do homologacji uzyskanych w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub w państwie stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska.

W dniu 10 marca 2020 r., Modertrans po raz kolejny dokonał cofnięcia odwołania w związku z czym postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 402/20 zostało umorzone.

Mając na uwadze powyższe, od początku niniejszego postępowania, - zdaniem Odwołującego - Zamawiający - z całkowicie nieuzasadnionych i nieracjonalnych powodów - diametralnie zmienił swoje podejście w zakresie „proporcjonalności” warunku udziału w

10

postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW.

Ostatecznie warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności

technicznej lub zawodowej - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW - w brzmieniu nadanym mu zmianą z dnia 4 marca 2020 r., jest - w przekonaniu Odwołującego - sprzeczny z art. 7 ust. 1 i ta, art. 22 ust. 1a i art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 1 i art. 58 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014

r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i art. 36 ust. 1 i 78

sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE.

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynikają przynajmniej dwie fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne: po pierwsze przygotowania i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji) oraz po drugie równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równego traktowania).

Zauważył, że źródło wymienionych zasad stanowi m. in. art. 18 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwanej dalej: TFUE wyrażający zakaz dyskryminacji podmiotów z uwagi na przynależność państwową. Zgodnie z jego dyspozycją: „W zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą przyjmując wszelkie przepisy w celu zakazania takiej dyskryminacji.

Przyjmuje się - jak twierdzi Odwołujący, że zasada wyrażona w tym przepisie jest szczególnym wyrazem zasady równości. Nakaz traktowania narodowego, nazywany inaczej zasada równego traktowania (equal treatment) zawarty w art. 49 TFUE konkretyzuje w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości regule wynikająca z art. 18 TFUE (dawny art. 12 TWE) ustanawiająca ogólny zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Przez pojęcie dyskryminacji należy rozumieć różne traktowanie podobnych sytuacji oraz jednakowe traktowanie różnych sytuacji, jeśli nie jest ono obiektywnie uzasadnione.

Dalej, argumentował, że wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie przepis art. 18 TFUE jako obejmujący zarówno środki dyskryminacji bezpośredniej, zgodnie z którymi

11

narodowość (obywatelstwo) jest czynnikiem warunkującym odmienne traktowanie, ale także środki dyskryminacji pośredniej (ukrytej), przy użyciu których dany przepis lub praktyka, jakkolwiek Wprowadzające kryteria na pierwszy rzut oka obiektywne, faworyzuje jednak podmioty krajowe. Zasada ta ma zastosowanie nie tylko do osób fizycznych, lecz także do osób prawnych oraz do jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej.

Zasada niedyskryminacji stanowi także - zdaniem Odwołującego - jedną z głównych zasad, które zostały ustanowione na gruncie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej; "dyrektywa 2014/24/UE"), która nie tylko obowiązuje w sytuacji zróżnicowanego traktowania ze względu na narodowość, ale jest naczelną regułą wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jako zasada związana ściśle - z zapewnieniem uczciwej konkurencji. O ile zatem art. 18 TFUE będzie miał zastosowanie jedynie w sytuacji zaistnienia elementu unijnego, o tyle zasada równości z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE obowiązuje również w przypadku, gdy nie występuje element zagraniczny.

Zwrócił uwagę, że analogicznej treści jest także art. 36 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE Tekst mający znaczenie dla EOG (dalej; "dyrektywa 2014/25/UE").

Wskazał, że podkreśla się w pkt 2 preambuły dyrektywy 2014/25/UE „Aby zapewnić otwarcie zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję, należy opracować przepisy koordynujące procedury udzielania zamówień w odniesieniu do zamówień powyżej

określonej wartości. Taka koordynacja jest potrzebna, aby zapewnić skuteczność zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Z uwagi na charakter sektorów objętych koordynacją procedur udzielania zamówień na poziomie Unii powinna ona, zapewniając zastosowanie powyższych zasad, określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwić maksymalną elastyczność.”.

W związku z powyższym stanął na stanowisku, że pierwszorzędym celem wiec harmonizacji prawa państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie zamówień,

12

publicznych jest zasada niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz zasada proporcjonalności.

Odwolujący podniósł, że w doktrynie potwierdzone zostało, że; [...] zarówno postanowienia zawarte w dyrektywie klasycznej, jak i postanowienia dyrektywy sektorowej

nakładają obowiązek realizacji procedur przetargowych na podstawie m.in. zasady równego traktowania oraz zasady niedyskryminacji. Jednak przepisy dyrektyw odnośnie do zasady niedyskryminacji wskazują, że zasada ta obowiązuje nie tylko w sytuacji zróżnicowanego traktowania ze względu na narodowość (jak to bezpośrednio wynika z przepisów traktatowych), ale jest podobnie jak zasada równego traktowania naczelną regułą wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jako związana ściśle z zapewnieniem uczciwej konkurencji.

Powołał się również na piśmiennictwo odnoszące się do regulacji przewidzianej w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE, która nakłada na instytucje zamawiające obowiązek prowadzenia postępowania w sposób, który zapewni równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców. Tym samym dyrektywa 2014/24/UE statuuje generalne ramy prawne dotyczące całego procesu udzielania zamówień, tj. od fazy planowania, poprzez prowadzenie postępowania, do realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto dyrektywa podkreśla, iż sposób organizacji zamówień nie może wpływać na ograniczenie konkurencji. Wprowadzone zostaje domniemanie zawężenia konkurencji, o ile zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Poza tym podkreślił, że, zamawiający może jako gospodarz postępowania - formułować szczegółowe warunki udziału w postępowaniu odzwierciedlające jego oczekiwania - pamiętając jednakże o naczelnej zasadzie ich związku i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, zachowując zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania i unikając sztucznego zawężania konkurencyjności.

Z kolei według art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE „Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu”. Przepis art. 78 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE wymaga, aby kryteria te były obiektywne.

Ochrona konkurencji w rozumieniu traktatu i dyrektywy 2014/24/UE, obejmująca zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość czy miejsce prowadzenia działalności, skutkuje także - według Odwołującego - zakazem takiego kształtowania warunku doświadczenia, aby mogli go spełnić wyłącznie lub prawie wyłącznie wykonawcy z konkretnego kraju. Podkreśla się zatem, że za niedopuszczalne należy więc uznać żądanie, aby na przykład doświadczenie było uzyskane wyłącznie w konkretnym kraju. Komisja Europejska, dokonując audytu zamówień udzielanych przez beneficjentów Funduszu Spójności w Polsce, wskazała, że wprowadzanie do SIWŻ wymogu doświadczenia

wykonawców związanego ze wskazaniem geograficznym należy uznać za sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji wyrażonej w dyrektywach UE. a w konsekwencji jest to działanie sprzeczne z określoną w traktacie zasadą swobody świadczenia usług.

Zdaniem Odwołującego - zasada proporcjonalności wyraża się więc w obowiązku formułowania wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, rzeczywistych potrzeb zamawiającego i celu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, co oznacza zakaz stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, którym nie byłby w stanie sprostać wykonawca zdolny do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zasada ta powinna być respektowana przede wszystkim przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, określaniu warunków udziału w postępowaniu oraz obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców, a także określania dokumentów, służących ocenie spełniania warunków podmiotowych.

Zaprezentował również argumentację z doktryny, że zasada proporcjonalności wymaga dwustopniowej oceny wprowadzanego środka. Po pierwsze należy ocenić, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu. Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to w drugiej kolejności należy się zastanowić, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu, a także czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi.

W swoim odwołaniu powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego.

Dla uzupełnienia powyższego stanowiska wskazał, że zasada uczciwej konkurencji nie może być rozumiana jako zgoda na równe i niedyskryminacyjne traktowanie tylko tych, którzy spełniają warunek ograniczający w sposób oczywisty konkurencję.

Odwołujący wskazał, że powyższe zasady zostały odzwierciedlone w art. 22 ust. 1 a oraz 22d ust. 1 ustawy Pzp, które wymagają zachowania przez Zamawiającego zasad proporcjonalności i adekwatności do przedmiotu zamówienia przy określaniu warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że Zamawiający nie może wprowadzać w opisie warunków udziału w postępowaniu takich wymagań, które nie są związane z przedmiotem zamówienia i które nie są adekwatne do zweryfikowania zdolności danego wykonawcy do zrealizowania zamówienia. Badanie zgodności określonego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu musi być badane co do zgodności z powyższymi zasadami na płaszczyźnie obiektywnej tzn. w oderwaniu od cech określonych występujących na rynku wykonawców, ale w odniesieniu do każdego potencjalnego, możliwego wykonawcy.

Przekładając powyższe konkluzje na niniejsze postępowanie stwierdził, że na wcześniejszym etapie postępowania Zamawiający sam przyznał, że formułując warunki udziału w postępowaniu dokonał analizy rynku w odniesieniu do kręgu zainteresowanych podmiotów tak, aby warunki te gwarantowały należyte spełnienie świadczenia, oraz aby nie doprowadzić za ich pomocą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający przyznał przy tym, że powiązanie warunku udziału w postępowaniu z wymogiem zrealizowania dostaw tramwajów elektrycznych, które otrzymały dopuszczenie do ruchu (homologację) w jednym z krajów członkowskich Unii Europejskiej może prowadzić do istotnego ograniczenia grona potencjalnych wykonawców mogących się ubiegać o przedmiotowe zamówienie, którym to wykonawcom na przestrzeni ostatnich lat w rzeczywistości udzielono zamówień na realizację dostaw tramwajów

elektrycznych w Polsce i Europie.

Przyznał, że potencjalni wykonawcy, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, w kontekście wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia,

tacy jak np. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA, Bombardier Transportation, Skoda Transportation, Stadler Polska Sp. z o.o., Siemens Mobility Sp. z o.o., CAF (Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles), Durmazlar Makina A.S., Hyundai Rotem Company, czy

Odwolujący, są wykonawcami, którzy posiadają doświadczenie w dostawach tramwajów o charakterystyce zbieżnej z przedmiotem niniejszego postępowania.

W związku z tym zarzucił Zamawiającemu, że ten w wyniku zmiany brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej z dnia 4 marca 2020 r. dokonał właśnie takiego istotnego ograniczenia grona potencjalnych wykonawców mogących zarówno ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, ale również zagwarantować jego należyte wykonanie, pomimo, że:

1) Zamawiający wymaga przedstawienia homologacji tramwaju dopiero na etapie realizacji umowy, ponieważ homologacja dotyczy konkretnego pojazdu/grupy pojazdów - tramwaj jest pojazdem „szytym na miarę” zgodnie z wymogami każdego Zamawiającego i fakt uzyskania homologacji na obszarze jakiegokolwiek państwa (czy to Unii Europejskiej czy GPA) na inny pojazd nie daje żadnej gwarancji! Zamawiającemu dotyczącej właściwej realizacji Zamówienia w tym zakresie

2) w państwach członkowskich Unii Europejskiej, ani państwach-stronach GPA w sprawie zamówień rządowych lub w państwach stronach innych umów międzynarodowych w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska, nie ma wspólnych przepisów dotyczących homologacji tramwajów, a uzyskanie homologacji na dany pojazd (tramwaj) w jednym z tych państw nie zwalnia z obowiązku uzyskania homologacji w Polsce, nie istnieją także wspólne lub zharmonizowane wymagania techniczne, a wymagania dotyczące dopuszczenia do ruchu w państwach będących członkami Światowej Organizacji Handlu (WTO) bywają diametralnie różne (niejednokrotnie w poszczególnych państwach sygnatariuszach Porozumienia GPA nie ma obowiązku uzyskania homologacji w celu dopuszczenia tramwaju do ruchu);

3) wymóg taki w praktyce - w sposób całkowicie nieuzasadniony - uniemożliwia posłużenie się doświadczeniem w zakresie dostaw zrealizowanych przez doświadczonych producentów, których siedziba jest w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie - stronie GPA lub państwie - stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie: których stroną jest Unia Europejska, w stosunku do dostaw zrealizowanych w innych państwach w których niewątpliwie stosowane są równoważne standardy i normy przy dopuszczaniu tramwajów do eksploatacji z pasażerami, tj. m. in. Rosja, Turcja czy Serbia. Tym samym, sformułowany obecnie przez Zamawiającego sposób opisu warunku udziału w postępowaniu uniemożliwia wykonawcom pochodzącym z państw Unii Europejskiej i oferującym dostawy (tramwaje! pochodzące z Unii Europejskiej i produkowane w UE), ale które zostały dostarczone do państw nie będących członkami UE lub nie będących państwami-stronami GPA lub nie będących państwem stroną innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest UE, powoływania się na zrealizowanie takich dostaw w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający tym samym wprost dyskryminuje także wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej i dostaw pochodzących z Unii Europejskiej, wyłącznie przez wzgląd na konieczność

uzyskania przez co najmniej 1 (jeden) tramwaj dopuszczenia do ruchu (homologacji) we

wskazanych krajach, który to wymóg nie jest adekwatny do badania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Z powyższych względów - w ocenie Odwołującego - w przetargach na tramwaje w Krakowie w 2013 i 2016 roku, w Łodzi w 2017, w Bydgoszczy w 2016, czy w końcu w największym przetargu na dostawę tramwajów w Warszawie z 2019 r. (213 tramwajów), zamawiający nie dokonywali powiązania dostaw pojazdów z doświadczeniem wykonawcy w zakresie uzyskiwania homologacji na obszarze Unii Europejskiej lub w państwach stronach Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych (GPA) lub państwach stronach umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska.

Wskazał przy tym, że zmiana treści 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW oraz pkt III.1.3 ogłoszenia (w treści nadanej zmianą ogłoszenia) nie może być uzasadniona uprawnieniem Zamawiającego wynikającym z art. 7 ust. 1a ustawy Pzp, bowiem dokonana zmiana nie odnosi się do innego traktowania wykonawców spoza terenu państw stron Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska lub dostaw pochodzących z tych państw, ale w kategoriach obiektywnych wprowadza nierówne traktowanie tych wykonawców, niezależnie od ich siedziby (pochodzenia) i niezależnie od pochodzenia oferowanych przez nich dostaw (kraju produkcji dostaw), ale odnosi się do miejsca dostawy (odbioru) dostaw.

Zatem skutek zmiany treści określonego w IDW warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu nadanym zmianą ogłoszenia, przejawia się w braku możliwości powoływania się przez wykonawców na doświadczenie w realizacji dostaw tramwajów do Zamawiających, którzy mają swoją siedzibę na terenie państwa strony GPA i innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska.

Tym samym - zdaniem Odwoływającego - Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1a ustawy Pzp poprzez brak zapewnienia równego traktowania wykonawców z państw stron GPA i innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska i dostaw pochodzących z tych państw, w zakresie w jaki wykluczył możliwość powoływania się przez tych wykonawców i zrealizowane przez nich dostawy dostarczone do państw, które nie są stronami wyżej wskazanych porozumień.

W tym zakresie wskazał także, iż przepis art. 7 ust. 1a ustawy Pzp powinien być interpretowany w świetle zasady pronijnej wykładni prawa krajowego. Zasada pronijnej wykładni prawa krajowego wynikająca z treści przepisu art. 291 ust. 1 oraz z art. 288 TFUE statuuje obowiązek interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym. Zasada wykładni pronijnej została ujęta w trzech orzeczeniach TSUE, w sprawie von Colson z 10

kwietnia 1984 r., w sprawie Marleasing z 13 listopada 1990 r. i w sprawie Adeneler z 4 lipca

2006 r. W sprawie von Colson Trybunał stwierdził, że „do sądu krajowego należy, na ile to jest możliwe w ramach swobodnej oceny, przyznanej mu przez prawo krajowe, dokonanie takiej wykładni i takie stosowanie przepisów wydanych w celu wykonania dyrektywy; które będą zgodne z wymogami prawa wspólnotowego”. Wykładnia pronijna sprowadzała się do wyboru rozwiązania w granicach uznania dopuszczalnego przez prawo krajowe. W sprawie Marleasing TSUE rozszerzył ten zakres obowiązku wykładni pronijnej, wskazując, że sięga ona „tak daleko, jak to jest możliwe”, aby osiągnąć cel dyrektyw. Zadaniem sądu krajowego jest przeprowadzanie wykładni prawa krajowego tak, aby w największym możliwym stopniu osiągnąć cel dyrektyw. W wyroku z 4 lipca 2006 r. w sprawie Adeneler TSUE wywiódł dodatkowo, że zasada ta wymaga, by sądy krajowe czyniły wszystko, co leży w zakresie ich kompetencji, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego i stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, by zapewnić pełną skuteczność rozpatrywanej dyrektywy i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi przez nią celami.

Tym samym - w przekonaniu Odwoływającego - przepis art. 7 ust. 1a ustawy Pzp winien być interpretowany w taki sposób, który eliminuje możliwość różnego traktowania przez zamawiających wykonawców objętych dobrodziejstwem rynku Unii Europejskiej, a którzy zrealizowali dostawy do państw nie będących stronami Porozumienia GPA oraz wykonawców z Unii Europejskiej, którzy zrealizowali dostawy do państw stron Porozumienia GPA.

Mając na uwadze powyższe, wskazał, co następuje:

1) Po pierwsze, opisanie przez Zamawiającego przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający możliwość powoływania się przez wykonawcę na wykonanie dostaw jedynie w zakresie w jakim w toku ich realizacji wykonawca uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologacji) wyłącznie w państwach członkowskich Unii Europejskiej, w państwach - stronach GPA lub w państwach stronach innych umów międzynarodowych w tym zakresie, których stroną jest UE, jest sprzeczne z

art. 7 ust. 1 i 1 a, art. 22 ust. 1 a i art. 22d ust. 1 ustawy Pzp. Ograniczenie przez

Zamawiającego obszaru geograficznego, w jakim wykonawca ma wykazać się zrealizowaniem dostaw w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co zostało

18

wykazane powyżej. W szczególności, określony przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu w brzmieniu nadanym Zmianą Ogłoszenia wykracza poza to, co jest niezbędne do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i jest w tym zakresie nieadekwatny, bowiem dopuszcza wykazanie się przez wykonawców na potrzeby spełnienia określonego warunku doświadczeniem w dostawie tramwajów dla których uzyskano homologację pomimo tego, że z uwagi na znaczne różnice w wymaganiach uzyskania homologacji występujących w państwach stronach GPA, takie doświadczenia są nieporównywalne (nawet w niektórych państwach stronach GPA nie występuje homologacja). Równocześnie, doświadczenie wykonawcy w uzyskaniu homologacji dla tramwaju bez określenia minimalnych standardów technicznych, jakie taki tramwaj winien spełniać, w żadnej mierze nie weryfikuje, czy wykonawca posiada doświadczenie w produkcji i dostawie tramwajów porównywalnych z tramwajami będącymi przedmiotem Zamówienia lub czy wykonawca ma doświadczenie w uzyskaniu dopuszczenia tramwajów do ruchu w procedurze porównywalnej do procedury uzyskania homologacji w Polsce. Tym samym, wymóg „homologacji” w żaden sposób nie weryfikuje posiadania przez wykonawcę minimalnych zdolności wymaganych do realizacji Zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Działanie Zamawiającego wskazane powyżej prowadzi także do naruszenia art. 18 TEUE oraz art. 18 ust. 1 i art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art 36 ust. 1, 178 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 20.14 r w zakresie wskazanym powyżej.

Ponadto, dokonana przez Zamawiającego zmiana treści warunku udziału w Postępowaniu nadana zmianą ogłoszenia jest wprost sprzeczna z treścią art. 7 ust 1a ustawy Pzp w zakresie w jakim w sposób różny traktuje wykonawców mających swoją siedzibę na terenie państw stron GPA i innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska i oferujących dostawy produkowane w tych państwach powołujących się w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dostawy zrealizowane do Zamawiających z państw, które nie są stronami wskazanych wyżej wskazanych porozumień oraz wykonawców, którzy powołują się dostawy zrealizowane do Zamawiających z państw stron tych porozumień. Działanie takie jest jednak wprost sprzeczne z art. 7 ust. 1a ustawy Pzp - który winien być interpretowany zgodnie z pro unijną zasadą wykładni prawa krajowego a przede wszystkim także z 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, art 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE i art. 18 TFUE.

2) Po drugie, przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowych - pkt 9.1. ppkt3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW - określony przez Zamawiającego na podstawie zmiany SIWZ z dnia 4 marca 2020 r., jest wyłącznie pozorny i nie spełnia swojej funkcji oraz celu, narusza zasadę proporcjonalności oraz jest nieadekwatny do przedmiotu- zamówienia. Wymagając od wykonawców wykazaniem się zrealizowaniem dostawy tramwaju, który uzyskał

dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie stronie GPA i innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, Zamawiający odwołuje się bowiem do nieobiektywnych czynników (brak jednolitych wymagań uzyskania homologacji w tych państwach) oraz które w żaden sposób nie potwierdzają zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Jak wykaże Odwołujący w trakcie rozprawy, wymagania uzyskania homologacji w państwach stron GPA są różne i nieporównywalne. Pomija także Zamawiający okoliczność, że w poszczególnych państwach stronach GPA nie istnieje obowiązek uzyskania homologacji - nie istnieje tzw. homologacja (stosowny dowód Odwołujący przedstawi na rozprawie). Tym samym warunek udziału w Postępowaniu nie został tak ukształtowany, aby o zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy zweryfikowani pod kątem zdolności do należytego zrealizowania zamówienia.

3) Po trzecie, Odwołujący z uwagi na arbitralne i nieobiektywne określenie jednego z warunków udziału w postępowaniu (w brzmieniu nadanym zmianą SIWZ z dnia 4 marca 2020 r), nie zostanie dopuszczony do udziału w nim, podobnie jak kilku innych producentów tramwajów, co niewątpliwie stanowić będzie znaczne ograniczenie konkurencji, a tym samym może negatywnie wpłynąć na interes Zamawiającego. Jest to szczególnie istotne jeżeli weźmiemy pod uwagę, że warunkami utrudniającymi konkurencję a przez to zakazanymi, są warunki nadmierne, niecelowe dla prawidłowości realizacji zamówienia, a jednocześnie eliminujące wykonawców dysponujących odpowiednim potencjałem z ubiegania się o zamówienie. W związku z tym w postępowaniu złożonych zostanie mniej

ofert, a więc i spektrum wyboru dokonywanego przez Zamawiającego będzie stosownie ograniczone, co może w rezultacie wpłynąć na nabycie przedmiotu zamówienia po cenach wyższych niż te, jakie możliwe byłyby do uzyskania w przypadku braku określenia w warunku udziału w Postępowaniu wymagania wykazaniem się przez wykonawcę doświadczeniem w dostawie tramwaju dopuszczonego do ruchu (tj. który uzyskał homologację) w jednym z państw członkowskich UE, w państwach - stronach GPA lub w państwach stronach innych umów międzynarodowych w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska. Jak wskazuje się natomiast w orzecznictwie Izby: "Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremieniem realizacji Celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencji."

4) Po czwarte, w ostatnich latach Odwołujący zrealizował lub jest w trakcie realizacji dostawy ponad 50 tramwajów niskopodłogowych, które spełniają wymagania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Nie można więc mieć żadnych wątpliwości, iż Odwołujący daje gwarancję prawidłowego zrealizowania Zamówienia, a wyłącznie sprzecznie zarówno z przepisami polskimi jak i unijnymi uregulowanie warunku zdolności technicznej i zdolności zawodowych - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW - subiektywnie

uniemożliwia mu szansę zdobycia przedmiotowego Zamówienia już na etapie złożenia oferty.

Z tego też względu, wyłącznie uwzględnienie żądania określonego przez Odwołującego w petitum - w jego ocenie - doprowadzi do uregulowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW - w sposób zapewniający respektowanie zasady uczciwej konkurencji oraz zapewniający proporcjonalność i adekwatność warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.

Wskazał ponadto, że w przedmiotowym postępowaniu nie zostały spełnione przesłanki do zmiany treści SIWZ na gruncie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, co powinien wykazać.

Według zapatrywania Odwołującego - w niniejszym postępowaniu zmiana SIWZ z dnia 4 marca 2020 r. nie tylko nie jest uzasadniona albowiem w swojej istocie jej wprowadzenie doprowadziło do uregulowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowych - pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW - w sposób utrudniający dostęp do zamówienia i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ale sam Zamawiający w żadnym miejscu nie uzasadnił z czego wynikała tak radykalna zmiana podejścia (w stosunku do zaprezentowanej na wcześniejszym etapie postępowania) w zakresie takiego uregulowania warunków udziału w postępowaniu, aby te gwarantowały należyte spełnienie świadczenia, oraz aby nie doprowadzić za ich pomocą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wskazał wręcz na wcześniejszym etapie tj. w odpowiedzi na odwołanie Modertrans z dnia 18 lutego 2020 r., że taka zmiana określonego w pkt 9.1. ppkt 3) IDW oraz pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW oraz pkt III.1.3 ogłoszenia nie jest adekwatna i proporcjonalna do przedmiotu zamówienia oraz w sposób nieuzasadniony ograniczałaby uczciwą konkurencję. Tym bardziej więc zmiana treści IDW i Ogłoszenia w taki sposób na obecnym etapie jest nieuzasadniona i niedopuszczalna na gruncie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył również, iż gdyby niniejsze odwołanie zostało uwzględnione po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu składania oferty, postępowanie będzie obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z

naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jeżeli więc dojdzie do sytuacji, w której stwierdzone zostanie, iż Zamawiający naruszył wskazane w niniejszym odwołaniu przepisy ustawy Pzp poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp, dyrektyw unijnych i TFUE ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie nieuzasadnionej zmiany SIWZ, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty, to niewątpliwie zaistnieje podstawa do stwierdzenia, że dokonane przez Zamawiającego naruszenia miały i mogły w stosunku do innych potencjalnych wykonawców, wpływ na wynik postępowania, to wówczas, Prezes UZP będzie niewątpliwie uprawniony do wniesienia do sądu powództwa o unieważnienie zawartej przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia, w oparciu o art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

W takiej to sytuacji, zaznaczył, że zajdzie podstawa do unieważnienia postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na koniec, Odwołujący podniósł przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z art. 186

ust. 6 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego.

W dniu 20 marca 2020 r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego następujący wykonawcy:

- 1) Modertrans Sp. z o. z siedzibą w Poznaniu,
- 2) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy,
- 3) Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Pismem z dnia 9 kwietnia 2020 r., które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o:

1. Oddalenie odwołania w całości, .
2. Zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Zamawiającego,
3. Przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) Ogłoszenia o zamówieniu nr 2020/S 020-045194 dnia 29.01.2020 r., opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- 2) Ogłoszenia o zmianie ogłoszenia przekazane do Urzędu; Publikacji UE w dniu 05.03.2020 r. na okoliczność zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu nr 2020/S 020-045194 z dnia 29.01.2020 r. w zakresie warunków udziału w odniesieniu do zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych (Sekcja III pkt 1.3);
- 3) Informacji o zmianie treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 04.03.2020 r. opublikowanej w dniu 05.03.2020 r. na okoliczność zmiany SIWZ, tj. Instrukcji dla Wykonawców, zwanej dalej IDW, stanowiącej część I SIWZ;
- 4) wyniku kontroli dotyczącego postępowania t) udzielenie zamówienia publicznego na dostawę tramwajów do Gorzowa Wielkopolskiego (nr kontroli uprzedniej: KU/31/17/DKZP).

Przedstawiając własne stanowisko w sprawie Zamawiający zauważył, że w jego opinii złożone odwołanie przez Odwołującego nie wypełnia dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz

poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym, środki ochrony prawnej będą przysługiwały podmiotowi, który wykaże kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- a) interesu; .
- b) szkody;
- c) związku przyczynowego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że podmiot wnoszący środek ochrony prawnej musi wykazać, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie podniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych, gdzie istotne jest wykazanie zaistnienia wszystkich przesłanek, gdyż brak choćby jednej z nich skutkować winno oddaleniem środka ochrony prawnej. .

Podkreślił przy tym, że zarzuty, twierdzenia oraz żądania odwołującego wywodzone z treści art. 7 ust. 1a ustawy Pzp, a odnoszące się do sytuacji podmiotów z państw stron GPA, nie dotyczą sytuacji prawnej Odwołującego, ponieważ Odwołujący nie jest Wykonawcą z państwa-strony Porozumienia Światowej Organizacji Handlu.

Przekonywał również, że Odwołujący nie jest również Wykonawcą pochodzącym z państwa strony innej umowy międzynarodowej w sprawie zamówień rządowych, w której stroną jest Unia Europejska.

W związku z powyższym - zdaniem Zamawiającego - nie jest on objęty hipotezą tego przepisu co do nakazu traktowania nie mniej korzystnego wykonawców pochodzących z państw-stron Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych oraz państw-stron innych umów międzynarodowych w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska niż traktowanie wykonawców pochodzących z krajów członkowskich Unii Europejskiej, tym samym nie jest podmiotem, który może wykazać wystąpienie ewentualnej szkody w przedmiotowym postępowaniu. .

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż odwołanie złożone przez Odwołującego wypełnia dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający podniósł, że zarzuty zgłoszone przez Odwołującego w odwołaniu są bezpodstawne oraz nieudowodnione.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 1a oraz art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. -18 ust. 1 i art. 58 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i art. 36 ust. -1 i 78 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Zamawiający stwierdził, że zarzut jest bezzasadny, gdyż określił warunki udziału w postępowaniu z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, w tym z zachowaniem zasady proporcjonalności, a więc również zgodnie z art. 36 ust. 1 i 78 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE.

Zdaniem Zamawiającego - twierdzenia Odwołującego, że ukształtowane warunki udziału w postępowaniu w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia oraz w szczególności w sposób nieuzasadniony nie dopuszczają do udziału w postępowaniu wykonawców z państw stron GPA, którzy zrealizowali dostawy do Zamawiających posiadających siedzibę w państwach niebędących stronami GPA są bezpodstawne.

Wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zauważył przy tym, że kolejny ustęp tego przepisu, tj., ust. 1a, wprowadza jednak istotne zastrzeżenie, zgodnie z którym Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.

Ukształtowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, w brzmieniu określonym zmianą z dnia 05.03.2020 r., w zakresie zdolności technicznych i zawodowych - w ocenie Odwołującego - w żaden sposób nie narusza powyżej wskazanych zasad. Warunek ten został ustalony w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, zgodnie z podstawowymi zasadami udzielania zamówień wyrażonymi w art. 7 ustawy Pzp.

Według Zamawiającego - zapewnił on wykonawcom z państw-stron ww. porozumienia i wykonawcom z państw-stron ww. umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.

Co więcej, zaznaczył, że zarówno Wykonawcy pochodzący z Unii Europejskiej jak i wszyscy Wykonawcy spoza obszaru Unii Europejskiej, nie tylko Wykonawcy z państw-stron ww. porozumienia i wykonawcy z państw-stron ww. umów, muszą spełnić ten sam warunek udziału w postępowaniu.

Argumentował, że określony warunek nie determinuje kraju pochodzenia Wykonawcy, wprowadza on jedynie konieczność wykazania się przez Wykonawcę, doświadczeniem w procesie uzyskiwania homologacji, bądź innego dokumentu potwierdzającego dopuszczenie tramwaju do ruchu w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych (dalej:

„GPA”) lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska.

Ponadto Zamawiający poinformował, że zmianą brzmienia treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ z dnia 05.03.2020 r., określił warunki udziału w postępowaniu w sposób adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

Zamawiający przypomniał, że przedmiotem zamówienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu jest, dostawa 25 sztuk fabrycznie nowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych, wyposażonych w wymaganą infrastrukturę oraz spełniających szereg wymagań określonych w SIWZ wraz z dostawą dodatkowych elementów wyposażenia obsługowego oraz dostawą pakietu części zamiennych do napraw tramwajów. Ponadto dostarczone tramwaje muszą posiadać świadectwo homologacji obowiązujące na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Zamawiający zadeklarował, że zgodnie z dokonaną zmianą brzmienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ z dnia 05.03.2020 r. powiązał warunek udziału w postępowaniu z wymogiem zrealizowania dostaw co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów zdefiniowanych na potrzeby niniejszego postępowania, jako pasażerski pojazd drogowy o miejscach siedzących dla więcej niż 9 (dziewięciu) osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych poruszający się po

szynach, z których minimum 1 (jeden) uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska.

W ocenie Zamawiającego - wskazane warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przy zamówieniu obejmującym 25 tramwajów elektrycznych oraz kolejnych 21 tramwajów elektrycznych w ramach prawa opcji, wymaga wykazania się doświadczeniem w dostawie co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów, nie wymagając przy tym konieczności spełnienia przez te tramwaje szczegółowych wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Ponadto, Zamawiający przekonywał, że dla zapewnienia właściwej i terminowej realizacji przedmiotu umowy uznał, że istotną w ocenie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy do właściwej realizacji zamówienia będzie weryfikacja doświadczenia Wykonawcy w uzyskaniu, co najmniej dla jednego dostarczanego tramwaju, dopuszczenia do ruchu (homologacji), ponieważ ewentualne trudności niedoświadczonego Wykonawcy w uzyskiwaniu dopuszczenia do ruchu (homologacji) na etapie realizacji umowy mogłyby spowodować opóźnienie w dostawie tramwajów.

Zamawiający potwierdził, że procedura dopuszczenia tramwaju do ruchu (homologacji) jest inna w każdym kraju.

W opinii Zamawiającego - wykazanie się doświadczeniem dotyczącym dopuszczenia tramwajów, do ruchu (homologacji) wyłącznie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej czy Unii Europejskiej, gdzie przepisy dotyczące dopuszczenia tramwajów do ruchu można uznać za najbardziej zbliżone, byłoby sprzeczne z brzmieniem art.7 ust. 1a ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający rozszerzył zakres dopuszczalnego doświadczenia w tym aspekcie także do państw stron Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych oraz państw stron innych umów międzynarodowych w tym zakresie; których stroną jest Unia Europejska, aby zapewnić właściwą realizację przedmiotu zamówienia.

Ponadto nie można uznać - w przekonaniu Zamawiającego, że ustalone na minimalnym poziomie wymagania dot. doświadczenia w uzyskaniu dopuszczenia dla ruchu, (homologacji) dla jednego tramwaju były warunkiem nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oświadczył również, przeanalizował postępowania prowadzone przez innych Zamawiających na terenie Rzeczypospolitej Polskiej dotyczące dostaw tramwajów w Okresie ostatnich 3 lat, gdzie w postępowaniach na dostawę tramwajów w Gorzowie Wielkopolskim (ogłoszenie o zamówieniu nr 2016/S 233-424946), w Gdańsku (ogłoszenie o zamówieniu nr 2017/S 028-051138, 2017/S 082159761), w Częstochowie (ogłoszenie o zamówieniu nr 2017/S 090-178175), czy Toruniu (ogłoszenie o zamówieniu nr 2019/S 244-601500), jako warunek udziału w postępowaniu wymagane było wykazanie się analogicznym do wskazanego przez Zamawiającego doświadczeniem w zakresie uzyskania dopuszczenia do ruchu (homologacji).

Ponadto, wyjaśnił, że w postępowaniach na dostawę tramwajów w Poznaniu (ogłoszenie o zamówieniu nr 2016/S 182-326969), w Elblągu (ogłoszenia o zamówieniu nr: 2017/S 068:127955; 2018/S 196-442789 i 2019/S 161-395910), w przetargach organizowanych przez Tramwaje Śląskie (ogłoszenia o zamówieniu nr: 2017/S 144-297809; 2017/S 144-297817) oraz w Grudziądzu (ogłoszenie o zamówieniu nr 2020/S 026-058602) Zamawiający uznawali za, zasadne nawet ograniczenie tego doświadczenia do uzyskania dopuszczenia do ruchu (homologacji) w państwie członkowskim Unii Europejskiej.

Zamawiający powołał się również na okoliczność zbadania przez Urząd Zamówień Publicznych, w ramach prowadzonych kontroli uprzednich, zasadności i prawidłowości tak postawionego warunku udziału, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez podmioty realizujące zamówienia przy udziale środków pochodzących z Unii Europejskiej.

Zarówno w postępowaniach na dostawę tramwajów do Gorzowa Wielkopolskiego (nr kontroli uprzedniej: KU/31/17/DKZP), dostawę tramwajów realizowaną przez Tramwaje Śląskie (nr kontroli uprzedniej: KU/10/18/DKZP), dostawę tramwajów do Częstochowy (nr kontroli uprzedniej: KU/96/17/DKZP), czy dostawę tramwajów do Gdańska (nr kontroli uprzedniej: KU/43/17/DKZP) przeprowadzane kontrole UZP nie wskazywały na naruszenia, według wiedzy Zamawiającego, przepisów w związku z żądaniem przez tych zamawiających doświadczenia w zakresie homologacji.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedłożył w załączeniu do odwołania wynik kontroli uprzedniej dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę tramwajów do Gorzowa Wielkopolskiego, w którym nie stwierdzono naruszeń mających wpływ na wynik postępowania, a stwierdzone naruszenia nie miały związku z żądaniem przez Zamawiającego doświadczenia w zakresie homologacji.

Ponadto Zamawiający zapowiedział, że przedłoży na rozprawie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dotyczące pozostałych ww. postępowania, na okoliczność udzielenia zamówienia, przy zachowaniu warunku udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy zrealizowali dostawy pojazdów i uzyskali dopuszczenie pojazdów do ruchu (homologacji) w państwie członkowskim Unii Europejskiej.

Mając na uwadze powyższe stwierdził, że wprowadzenie zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ z dnia 05.03.2020 r. polegającej na powiązaniu warunku udziału w postępowaniu z wymogiem zrealizowania dostaw co najmniej 5 tramwajów elektrycznych, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie można ich uznać za nadmierne czy nieadekwatne.

W ocenie Zamawiającego - postawione warunki udziału w postępowaniu, w żadnym stopniu nie naruszają art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1, ani art. 7 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, ani przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE.

Ponadto, Zamawiający wyraził przekonanie, że warunki te zapewniają uzyskanie najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy posiadają zdolności techniczne i zawodowe do realizacji zamówienia polegającego na dostawie 25 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych, na które Wykonawca uzyska świadectwo homologacji Obowiązujące na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, oraz kolejnych w ramach prawa opcji 21 sztuk w fabrycznie nowych, niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych w okresie obowiązywania umowy (tj. okresie 32 miesięcy dla zamówienia podstawowego i kolejnych 15 miesięcy dla zamówienia w ramach prawa opcji).

W odniesieniu do drugiego zarzutu, tj. naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, że zarzut jest bezzasadny, gdyż dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu z zachowaniem zasad określonych w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w uzasadnionym przypadku.

Zamawiający motywował ten uzasadniony przypadek, że wziął pod uwagę wnioski Wykonawców o zmianę treści warunków udziału w postępowaniu, w tym dwukrotnie złożone odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, i wobec tego miał prawo do zweryfikowania wcześniej ustalonej treści SIWZ i dokonania jej zmiany, w związku z uznaniem, że istotnym jest doświadczenie w uzyskaniu dopuszczenia do ruchu (homologacji) tramwajów, co

Zamawiający wykazał w odpowiedzi na zarzut pierwszy.

W opinii Zamawiającego - nie ma podstaw do uznania, że wprowadzenie przedmiotowej zmiany było przypadkiem nieuzasadnionym.

Ponadto, zaznaczył, że zmiana ta została przekazana do wiadomości wykonawców w sposób określony w przepisach ustawy Pzp, tj. udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 05.03.2020 r. o godzinie 12:58 (plik o nazwie „Informacja o zmianie treści SIWZ z dnia 04.03.2020 opublikowana 05.03.2020” zawierający informację o zmianie treści SIWZ i zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu).

Jednocześnie w związku z faktem, iż zmiana treści SIWZ prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający argumentował, że zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, w dniu 05.03.2020 r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie do ogłoszenia o zamówieniu, a informację o przekazanej zmianie treści ogłoszenia, zgodnie z dyspozycją art. 12a ust. 3 ustawy Pzp, zamieścił niezwłocznie na stronie internetowej.

Mając na uwadze powyższe nie można uznać w opinii Zamawiającego, że zmiana warunku udziału w postępowaniu została dokonana w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, a w szczególności w sposób sprzeczny z art. 38 ust.4 ustawy Pzp.

Ponadto, Zamawiający przekonywał że dokonując przedmiotowej zmiany nie naruszył art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 ani art. 7 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, co wykazał w odpowiedzi na zarzut pierwszy.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił uwagę, że zarzut jest bezzasadny, gdyż określił warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia, co w odpowiedzi na pierwszy zarzut.

Na koniec Zamawiający zauważył, że art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej mówiący o zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową odnosi się wyłącznie do państw członków Unii Europejskiej.

Wskazał, że możliwość zróżnicowania sytuacji prawnej podmiotów z państw trzecich, tj. niebędących państwem stroną Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwem-stroną innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska, wynika z art. 7 ust. 1a ustawy Pzp oraz art. 43

dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. co

potwierdza Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2019 w przedmiocie „Wytycznych dotyczących udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich IC(2019) 54941”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść ogłoszenia ze zmianami i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z jej modyfikacjami, zwanej dalej SIWZ, odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 kwietnia 2020 r., pisma Przystępującego Modertrans Poznań sp. z o.o. z dnia 16 czerwca 2020 r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień oraz dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uszczyniony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 1a oraz art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 1 i art. 58 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i art. 36 ust. 1 i 78 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający zmieniając treść ogłoszenia i modyfikując treść SIWZ oraz określając inaczej dotychczasowy warunek udziału w postępowaniu dokonał tego w sposób proporcjonalny oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonał zmiany treści Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”), stanowiącej część I Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „Siwz”), w następującym zakresie:

1. Zamawiający dokonał zmiany pkt 9.1. ppkt 3) IDW, który otrzymał następujące brzmienie:

„3) Posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie należyte wykonał, a w

31

przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienia polegające na dostawie co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów zdefiniowanych na potrzeby niniejszego postępowania, jako pasażerski pojazd drogowy. o miejscach siedzących dla więcej niż dziewięciu osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych poruszający się po szynach, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska.

Warunek zostanie uznany za spełniony w przypadku, gdy dostawa co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska nastąpiła w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert:

- w ramach zakończonych w tym okresie umów, lub
- w ramach trwających umów obejmujących dostawę większej liczby pojazdów, na podstawie których zrealizowano już dostawy określone powyżej, których należyte wykonanie zostanie potwierdzone stosownymi dokumentami zgodnie z zapisami pkt 11.2 ppkt 1) lit. b IDW.

2. Zamawiający dokonał zmiany pkt 11.2. ppkt 1) lit b) IDW, który otrzymał następujące brzmienie:

„Wykazu wykonanych dostaw — a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem zamówień polegających na dostawie co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów zdefiniowanych na potrzeby niniejszego postępowania, jako pasażerski pojazd

drogowy o miejscach siedzących dla więcej niż dziewięciu osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych poruszający się po szynach, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska\* , wraz z podaniem ilości pojazdów, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane — wzór stanowi Załącznik nr 3 do IDW, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były

wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

\*Warunek zostanie uznany za spełniony w przypadku, gdy dostawa co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym- zakresie, których stroną jest Unia Europejska nastąpiła w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert:

- w ramach zakończonych w tym okresie umów, lub
- w ramach trwających umów obejmujących dostawę większej liczby pojazdów, na podstawie których zrealizowano już dostawy określone powyżej, których należyte

wykonanie zostanie potwierdzone stosownymi dokumentami zgodnie z zapisami pkt 11.2 ppkt 1) lit. b IDW;”.

Zamawiający powiadomił, że powyższe zmiany stanowią integralną część Siwz i są obowiązujące.

Zamawiający poinformował jednocześnie, na podstawie art. 12a ust. 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 11 c ustawy Pzp, o przekazaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowania do ogłoszenia nr 2020/S 020-045194 z dnia 29.01.2020 r. w zakresie wskazanym powyżej, tj. pkt 111.1.3) ogłoszenia.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w dniu 10 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 049-117181 ukazało się Sprostowanie Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji Dostawy (Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, 2020/S 020-045194), gdzie w Sekcji VII wpisano, co następuje:

„Zmiany VII.1) Informacje do zmiany lub dodania VII.1.2) Tekst, który należy poprawić w pierwotnym ogłoszeniu Numer sekcji: III.1.3 Miejsce, w którym znajduje się tekst do modyfikacji: Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Zamiast: Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienia polegające na dostawie co najmniej 20 (dwudziestu) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych rozumianych jako pojazdy poruszające się wyłącznie po szynach z własnym napędem elektrycznym i bez własnego źródła energii (energia elektryczna pobierana jest z sieci trakcyjnej i zamieniana jest w silnikach elektrycznych na pracę mechaniczną), w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów (zdefiniowanych poniżej). Jako elektryczne pojazdy szynowe spełniający powyższą definicję Zamawiający uzna: — tramwaj (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 9.1 ppkt 3 Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”)), — metro (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 9.1 ppkt 3 IDW), — elektryczny zespół trakcyjny (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 9.1 ppkt 3 IDW), — lokomotywę elektryczną (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 9.1 ppkt 3 IDW). Zamawiający uzna warunek za spełniony w następujących sytuacjach: — w przypadku gdy Wykonawca w ramach trwającego/trwających kontraktu/ów obejmujących dostawę

większej liczby pojazdów dostarczył co najmniej 20 (dwadzieścia) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 (pięć) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, zgodnie z opisem warunku, co będzie w stanie potwierdzić stosownymi dokumentami zgodnie z zapisami pkt 11.2 ppkt 1 lit. b IDW, — w przypadku gdy realizacja dostaw co najmniej 20 (dwudziestu) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, zgodnie z opisem warunku, w ramach danego/danych kontraktu/ów rozpoczęła się przed okresem ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert ale zakończyła się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, tj. co najmniej 1 (jeden) elektryczny pojazd szynowy (lub tramwaj) w ramach danego kontraktu został dostarczony w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert,

— w przypadku gdy realizacja dostaw co najmniej 20 (dwudziestu) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, (zgodnie z opisem warunku) rozpoczęła się i zakończyła w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: Warunek zostanie wstępnie zweryfikowany na podstawie przedłożonego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Dodatkowo Wykonawca, którego oferta będzie najwyżej oceniona zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnego na dzień złożenia dokumentu wskazanego przez Zamawiającego w punkcie 11.2 ppkt 1 lit. b IDW, tj. Wykazu wykonanych dostaw sporządzonego zgodnie z wytycznymi i zawierającego informacje wskazane w punkcie 11.2 ppkt 1 lit. b IDW. Powinno być: Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należyte wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienia polegające na dostawie co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów zdefiniowanych na potrzeby niniejszego postępowania, jako pasażerski pojazd drogowy o

34 miejscach siedzących dla więcej niż dziewięciu osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych poruszający się po szynach, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska. Warunek zostanie uznany za spełniony w przypadku, gdy dostawa co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska nastąpiła w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert: — w ramach zakończonych w tym okresie umów Lub — w ramach trwających umów obejmujących dostawę większej liczby pojazdów, na podstawie których zrealizowano już dostawy określone powyżej, których należyte wykonanie zostanie potwierdzone stosownymi dokumentami zgodnie z zapisami pkt 11.2 ppkt 1 lit. b IDW. Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: Warunek zostanie wstępnie zweryfikowany na podstawie przedłożonego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Dodatkowo Wykonawca, którego oferta będzie najwyżej oceniona zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnego na dzień złożenia dokumentu wskazanego przez Zamawiającego w punkcie 11.2 ppkt 1 lit. b IDW, tj. Wykazu wykonanych dostaw sporządzonego zgodnie z wytycznymi i zawierającego informacje wskazane w punkcie 11.2 ppkt 1 lit. b IDW.

W świetle powyższego stanu faktycznego ustalonego na podstawie wyżej wskazanego materiału dokumentacyjnego, a także złożonych na rozprawie dowodów Izba doszła do przekonania, że argumentacja Odwołującego, jest chybiona.

Stosownie do przepisu art.22 ust.1a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Jednocześnie w myśl art. 58 ust.1 Dyrektywy 2014/24/UE kryteria kwalifikacji mogą dotyczyć:

- a) kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej;

- b) sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- c) zdolności technicznej i zawodowej.

Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu.

Analogiczna jest treść przepisu art.78 ust.1 Dyrektywy 2014/25/UE.

Biorąc pod uwagę znaczenie powyższych przepisów - według zapytania Izby - Odwoływający nie udowodnił, że Zamawiający określił cyt. wyżej warunek podmiotowy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i z nim niezwiązany.

W myśl art.190 ust.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Nadto, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Jednocześnie, zgodnie z art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Powołanie się w tym przypadku na powyższy przepis znajduje pełne uzasadnienie, biorąc pod uwagę przepis art.14 ust.1 ustawy Pzp., który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r.i, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W związku z tym uwadze, Izby nie mogło ująć, że zarówno Odwoływający ( jego dowody w postaci wykazów unijnych i polskich przetargów z ogłoszeniami), jak i Zamawiający (dowody z wykazów postępowań przetargowych) i Przystępujący (dowody z wykazów przetargów) przedstawili dowody potwierdzające jedynie różne praktyki w zakresie opisywania przez różnych Zamawiających warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnoszących się do wymogu homologacji, nie przesądzające jednak o zasadności zgłoszonego zarzutu nieproporcjonalności warunku.

W przekonaniu Izby - za w żaden sposób miarodajne dla oceny zasadności spornego warunku nie można uznać informacji prasowych ze stron internetowych ( artykuł Timisoara

36

wybiera tramwaje Bozankaya, Boznkaya dostarczy tramwaje do lasi w Rumuni, Panorama na olsztyńskich torach), które to artykuły mogą co najwyżej potwierdzać, że Odwoływający rozpoczyna swoją działalność na rynku europejskim, nie przesądzają jednak czy te zamówienia zostały skutecznie zrealizowane i czy warunek postawiony przez

Zamawiającego jest uzasadniony.

Dokonując oceny przedmiotowego przypadku, nie uznając powyższych dowodów za istotne do rozstrzygnięcia sprawy, Izba dokonała zważenia miary wymagania

Zamawiającego wobec wykonawców w spornym zakresie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i uznała, że wykazanie się przez wykonawców dostawą co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych elektrycznych tramwajów, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej

lub państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwie-stronie innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska nastąpiła w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert: — w ramach zakończonych w tym okresie umów lub — w ramach trwających umów obejmujących dostawę większej liczby pojazdów, na podstawie których zrealizowano już dostawy określone powyżej, których należyte wykonanie zostanie potwierdzone stosownymi dokumentami zgodnie z zapisami pkt 11.2 ppkt 1 lit. b IDW nie jest nadmierne i jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Wymaga wskazania, że przedmiotowy warunek w zaskarżonym zakresie w istocie sprowadza się do weryfikacji czy podmioty profesjonalnie dostarczające elektryczne tramwaje mają minimalne doświadczenie w pozyskiwaniu dokumentacji homologacyjnej, która jest bezwzględnie wymagana do realizacji przedmiotu zamówienia na obszarze RP i Unii Europejskiej.

Stosownie do postanowień § 6 ust.4 ppkt 2 część II SIWZ - wzoru umowy (WU) stanowiącego integralną część SIWZ odbiór tramwajów wraz z systemami, o których mowa w § 1 ust.3 pkt 3 umowy - przedstawiony do odbioru tramwaj musi posiadać świadectwo homologacji obowiązujące na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Z powyższego zestawienia warunku i wymagania przedmiotu zamówienia wynika jednoznacznie, że związek taki pomiędzy nimi zachodzi, a wymaganie Zamawiającego jedynie wykazania się posiadaniem jednej homologacji na praktycznie nieograniczonym obszarze geograficznym, z wyjątkiem krajów nie będących sygnatariuszami odpowiednich umów międzynarodowych przy dostawie aż 25 sztuk fabrycznie nowych tramwajów z prawem opcji zakupu 21 takich pojazdów jest proporcjonalny.

Powyższa teza o proporcjonalności spornego warunku znajduje również potwierdzenie w dokumentacji Zamawiającego, gdzie kilku innych wykonawców wykazało się zainteresowaniem przedmiotowym zamówieniem poprzez zadawane pytania Zamawiającemu co do omawianego przetargu publicznego, a żaden z tych wykonawców nie skorzystał ze środka ochrony prawnej w analogicznej sprawie.

Poza tym, Izba wzięła również pod uwagę okoliczności podnoszone przez Zamawiającego w dowodzie z wykazów z kontroli, że w postępowaniach, gdzie wymagane było wykazanie się realizacją dostawy tramwajów z homologacją, przeprowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrole nie wykazały naruszeń przepisów ustawy Pzp, które to okoliczności w żaden sposób Odwołujący nie podważył.

Sam Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał jeden z podmiotów z obszaru spoza Unii, który może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i być potencjalnym dostawcą tramwajów w tym przetargu, co potwierdza tezę o możliwości spełnienia przez wykonawców zaskarżonego warunku i braku ograniczenia konkurencji.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisu art. 22d ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W ocenie Izby - Zamawiający właśnie taki minimalny warunek postawił w zakresie doświadczenia w pozyskiwaniu homologacji.

Należy podkreślić, że elementem składającym się na wykonanie przedmiotu zamówienia jest zdolność do pozyskania świadectwa homologacji pojazdu na terytorium Unii

Europejskiej, państw z którymi ten podmiot ma odpowiednie porozumienie lub państw objętych porozumieniem Światowej Organizacji Handlu.

Brak takiej umiejętności wymagającej znajomości konkretnych procedur zarówno prawnych, jak i technicznych, może nie gwarantować wykonania przedmiotu zamówienia w terminie określonym w umowie, co pozostaje w sprzeczności z uzasadnioną potrzebą Zamawiającego będącą w jego interesie.

W związku z tym - według zapatrywania Izby - Zamawiający prawidłowo implementował przepis art. 7 ust.1a ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej, poprzez wprowadzenie wymogu wykazania się homologacją pochodzącą z powyższego obszaru geograficznego.

W wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że proponowana przez Odwołującego modyfikacja ogłoszenia i SIWZ może stanowić naruszenie zasady równości uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ten sposób, że podmiot, który nie posiada jakiegokolwiek zdolności do pozyskania świadectwa homologacji na obszarze Unii Europejskiej będzie w lepszej sytuacji od podmiotów, które takie procedury mają opanowane.

Jednocześnie w myśl art.18 ust.1 Dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Analogiczna jest treść przepisu art.36 ust.1 Dyrektywy 2014/25/UE.

W przekonaniu Izby Zamawiający nie skonstruował SIWZ w spornym zakresie w sposób sztuczny, mając na celu ograniczenie konkurencji w zamiarze nieuzasadnionego pokrzywdzenia Odwołującego, tylko działał w granicach własnych potrzeb, chcąc się zabezpieczyć przed sytuacją, w której wykonawca nie wykona zobowiązania powołując się na trudności związane z pozyskaniem świadectwa homologacji tramwajów, które mają być skonfigurowane według szczególnych potrzeb Zamawiającego.

Z tych wszystkich powodów, Izba nie uznała za konieczne dokonanie przez Zamawiającego zmodyfikowania lub odpowiednio wykreślenia wnioskowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ z przyczyn wskazywanych w uzasadnieniu wyroku.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.38 ust.4 ustawy Pzp, który stanowi, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis stosuje się odpowiednio.

Zdaniem Izby - Zamawiający miał prawo do zmiany dotychczasowej treści SIWZ, szczególnie pod wpływem oceny ryzyka zachowania innych uczestników rynku zamówień publicznych ( vide: sprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt KIO 269/20 i KIO 402/20), gdzie były zgłaszane zarzuty związane z koniecznością wprowadzenia minimalnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnoszącego się do

homologacji).

Nadto, należy także zwrócić uwagę, że Odwołujący na rozprawie odnosił się do tej części warunku dotyczącej dopuszczenia do ruchu (homologacji) w państwie-stronie Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych. Natomiast jak wskazano powyżej warunek ten dotyczył także państw-stron innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska. Republika Turcji posiada status członka stowarzyszonego z Unią Europejską (a wcześniej Europejską Wspólnotą Gospodarczą) oraz jest członkiem Unii celnej Unii Europejskiej. W związku z tym członek składu orzekającego zadał na rozprawie pytanie Odwołującemu czy mając na uwadze relację łączącą Unię Europejską i Republikę Turecką, Odwołujący nie spełnia kwestionowanego warunku w zakresie dotyczącym dostawy do państw-stron innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska. Odwołujący odpowiedział, że nie wie czy istnieją stosowne porozumienia dotyczące zamówień publicznych. Okoliczność ta - w ocenie Izby - przemawia na niekorzyść Odwołującego ponieważ wynika z niej, że ani na moment wniesienia odwołania, ani na potrzeby rozprawy przed Izbą nie miał wiedzy i pewności co do tego czy przedmiotowy warunek w sposób absolutny eliminuje go z postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....