Sygn. akt KIO 1155/21

WYROK
z dnia 18 maja 2021 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kawa
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2021r. przez wykonawcę **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k.ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon** w postępowaniu prowadzonym przez **Gdańskie Autobusy i Tramwaje Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku ul. Jaśkowa Dolina 2, 80-252 Gdańsk**
przy udziale wykonawcy **Falkone Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
oraz
przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
oraz
przy udziale wykonawcy **SAATZ Sp. z o.o. ul. Postępu 14, 00676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka
1 oddala odwołanie
2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych wpłaconą przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i kosztami postępowania obciąża odwołującego Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon
3. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego Gdańskie Autobusy i Tramwaje Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.
Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.
Przewodniczący ……

Sygn. KIO 1155/21
UZASADNIENIE
Gdańskie Autobusy i Tramwaje Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku ul. Jaśkowa Dolina 2, 80-252 Gdańsk, zwana dalej „zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Naprawa główna tramwajów typu 120NaG", numer sprawy nadany przez Zamawiającego: 520.261.1.1.2020.AM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 066-172438 z dnia 06.04.2021 r.
Postępowanie znajduje się na etapie udostępnienia potencjalnym wykonawcom treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu.
Od treści postanowień ww. dokumentów wykonawca - Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon, dalej jako: „odwołujący", wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.
We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przepisów, tj.: art 112 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdziale V ust. 2 pkt 2) SWZ oraz w sekcji III pkt 111.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez postawienie wymogu dysponowania doświadczenia polegającego na zrealizowaniu lub realizowaniu: w ramach Warunku A - napraw głównych co najmniej 3 szt. tramwajów typu 120NaG (Pod pojęciem „naprawy głównej tramwaju typu 120NaG" Zamawiający rozumie przywrócenie wartości użytkowej, funkcjonalności oraz sprawności techniczno- ekonomicznej tramwaju typu 120NaG.) lub w ramach Warunku B - na łącznym zrealizowaniu lub realizowaniu napraw urządzeń, zespołów i podzespołów tramwajów typu 120NaG, wymienionych w ww. Warunku B oraz w ilości wskazanej w Warunku B.
Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1.dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w rozdziale V ust. 2 pkt 2) SWZ oraz w sekcji III pkt 111.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez ustalenie treści ww. warunku w następujący sposób:
„*dysponuje odpowiednią zdolnością zawodową, tj. spełnia Warunek A lub Warunek B lub Warunek C lub Warunek D:*
Warunek A
W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wykonawca zrealizował lub realizuje (umowa zakończona lub w trakcie wykonywania) naprawy główne co najmniej 3 szt. tramwajów typu 120NaG. Pod pojęciem „naprawy głównej tramwaju typu 120NaG" Zamawiający rozumie przywrócenie wartości użytkowej, funkcjonalności oraz sprawności techniczno- ekonomicznej tramwaju typu 120NaG.
Warunek B
W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, Wykonawca zrealizował lub realizuje (umowa zakończona lub w trakcie wykonywania):
a)naprawy co najmniej 10 szt. zespołów napędowych w tramwaju typu 120NaG, o wartości netto minimum 500.0.00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100),
b)naprawy co najmniej 10 szt. kompletnych hydraulicznych układów hamulcowych w tramwaju typu 120NaG, w skład których wchodzą agregaty i zaciski hamulcowe, o wartości netto minimum 800.000,00 zł (słownie: osiemset tysięcy złotych 00/100),
c)naprawy co najmniej 5 szt. urządzeń klimatyzacyjnych w tramwaju typu 120NaG, o wartości netto minimum 100.0.00 zł (słownie: sto tysięcy złotych 00/100),

d)naprawy powypadkowe co najmniej 10 szt. tramwajów typu 120NaG, o wartości netto minimum 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100).

Warunek C

Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, w tym okresie wykonał co najmniej jedna usługę obejmująca swoim zakresem wykonanie obsługi technicznej poziomu utrzymania P4 co najmniej trzech elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym.

Warunek D

Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, w tym okresie wykonał należycie ,co najmniej dwie naprawy okresowe poziomu P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz jednocześnie wykaże, że świadczył w w okresie serwis gwarancyjny lub pogwarancyjny wagonów tramwajowych wyposażonych w system sterowania napędem i urządzeniami pomocniczymi oparty o pokładowa sieć transmisji danych -CAN lub podobna napędzanych silnikami prądu przemiennego, z minimum 60% udziałem niskiej podłogi dla łącznej liczby nie mniejszej niż 10 sztuk tramwajów".

2. dokonania dalszych modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ stanowiących konsekwencję powyższej zmiany treści warunku udziału w Postępowaniu m.in. poprzez zmianę treści rozdziału V ust. 4 pkt 2) SWZ w następującym zakresie: „Wykaz usług odpowiadających opisowi Warunku A lub Warunku B lub Warunku C lub Warunku D w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział V ust. 2 pkt 2 SWZ).

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów podał, że wymogi stawiane przez zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ ograniczają w sposób bezpodstawny możliwość odwołującego złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego uchylenia czynności i zaniechań zamawiającego poprzez zmianę treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, odwołujący ma szansę złożyć ofertę w postępowaniu i potencjalnie je wygrać, uzyskując przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w obecnym brzmieniu wymogów, nie ma on szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przechodząc do uzasadnienia zasadności podniesionych zarzutów wskazał, że w rozdziale V ust. 2 pkt 2) SWZ oraz w sekcji III pkt IIM.3) Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający postawił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej;

„Zamawiający uzna za spełnione warunki udziału w postępowaniu, jeżeli Wykonawca wykaże, że: (...)

2)dysponuje odpowiednią zdolnością zawodową, tj. spełnia Warunek A lub Warunek B:

Warunek A

W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, Wykonawca zrealizował lub realizuje (umowa zakończona lub w trakcie wykonywania) naprawy główne co najmniej 3 szt. tramwajów typu 120NaG. Pod pojęciem „naprawy głównej tramwaju typu 120NaG" Zamawiający rozumie przywrócenie wartości użytkowej, funkcjonalności oraz sprawności techniczno- ekonomicznej tramwaju typu 120NaG.

Warunek B

W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, Wykonawca zrealizował lub realizuje (umowa zakończona lub w trakcie wykonywania):

a)naprawy co najmniej 10 szt. zespołów napędowych w tramwaju typu 120NaG, o wartości netto minimum 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100),

b)naprawy co najmniej 10 szt. kompletnych hydraulicznych układów hamulcowych w tramwaju typu 120NaG, w skład których wchodzą agregaty i zaciski hamulcowe, o wartości netto minimum 800.000,00 zł (słownie: osiemset tysięcy złotych 00/100),

c)naprawy co najmniej 5 szt. urządzeń klimatyzacyjnych w tramwaju typu 120NaG, o wartości netto minimum 100.0,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych 00/100),

d)naprawy powypadkowe co najmniej 10 szt. tramwajów typu 120NaG, o wartości netto minimum 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100).

Warunki określone w lit a, b, c, i d muszą być spełnione łącznie.".

Podkreślił, że zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu w powyższym zakresie ustanowił warunek doświadczenia (zdolności zawodowej) wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ustanowił powyższy warunek w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom posiadającym doświadczenie odpowiednie do realizacji przedmiotowego zamówienia (co doprowadziło do opisania przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców w postępowaniu). Podał, że zamawiający ograniczył krąg potencjalnych wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie do podmiotów posiadających doświadczenie w naprawach tramwajów typu 120NaG. Podkreślenia wymaga, że rynek podmiotów świadczących usługi naprawy i utrzymania pojazdów szynowych, czy wagonów tramwajowych, stanowi rynek bardzo wąski, Sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, poprzez wymaganie doświadczenia przy naprawach tramwajów wyłącznie konkretnego modelu stanowi nadmierne zawężenie kręgu podmiotów mogących wykonać przedmiotowe usługi. Wskazał, że różnice przy świadczeniu usług naprawy różnych modeli/typów wagonów tramwajowych (czy pojazdów szynowych) nie są na tyle istotne, aby zawężać krąg wykonawców mogących należycie zrealizować przedmiotowe zamówienie wyłącznie do podmiotów posiadających doświadczenie przy realizacji napraw tramwajów określonego modelu/typu (w okolicznościach sprawy typu 120NaG). Sformułowanie warunku udziału dotyczącego kwalifikacji zawodowej sugeruje wręcz, że doszło do opisania warunku udziału w sposób umożliwiający realizację usług objętych przedmiotem zamówienia wyłącznie jednemu, konkretnemu wykonawcy. Podkreślił, że warunek udziału określony w rozdziale V ust. 2 pkt 2) SWZ oraz w sekcji III pkt 111.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu niezasadnie ogranicza krąg podmiotów posiadających wiedzę i doświadczenie odpowiednie do realizacji przedmiotu zamówienia, ze względu na wymaganie doświadczenia dotyczącego wyłącznie naprawy tramwajów. Tymczasem wykonawcy mający doświadczenie w wykonywaniu napraw głównych pojazdów szynowych posiadają także niezbędną wiedze i doświadczenie, aby z należytą starannością zrealizować naprawę główną tramwajów typu 120NaG. Należy uznać wręcz, że doświadczenie wykonawców napraw głównych pojazdów szynowych jest szersze niż wykonawców posiadających doświadczenie dotyczące wyłącznie napraw głównych tramwajów.

Podał, że w szeregu postępowaniach na tego rodzaju zamówienia zamawiający stawiają mniej rygorystyczne wymagania dopuszczając do udziału wykonawców mających także doświadczenie w naprawach ciężkich pojazdach szynowych elektrycznych i dopuszczają do udziału w postepowaniach wykonawców, którzy np. „*wykonał należycie*

(naprawy zakończone pozytywnym odbiorem końcowym), co najmniej 2 naprawy okresowe, na poziomie utrzymania P4 lub/i P5. szynowego pojazdu trakcyjnego (lokomotywy lub pasażerskiego zespołu trakcyjnego) oraz jednocześnie wykaże, że świadczył w ww. okresie, serwis gwarancyjny lub pogwarancyjny wagonów tramwajowych, wyposażonych w system sterowania napędem i urządzeniami pomocniczymi, oparty o pokładowa sieć transmisji danych - CAN lub podobna, napędzanych silnikami prądu przemiennego, z minimum 60 % udziałem niskiej podłogi, dla łącznej liczby, nie mniejszej niż 3 tramwajów.''.

Reasumując, doświadczenie w wykonywaniu napraw głównych pojazdów szynowych stanowi doświadczenie umożliwiające zrealizowanie z należyta starannością napraw głównych tramwajów typu 120NaG, Z uwagi na powyższe warunek udziału dotyczący kwalifikacji zawodowej, w treści określonej przez zamawiającego, nie dopuszczający do realizacji zamówienia wykonawców posiadających wiedze i doświadczenie przy realizacji napraw głównych pojazdów szynowych, stanowi warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ograniczający konkurencie i równe traktowanie wykonawców w postępowaniu.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r. o sygnaturze I! GSK 2633/15, *„prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych".*

W myśl art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe na wykazanie ww. warunków, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmie jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to. aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania.

Reasumując argumentację prezentowaną dla uzasadnienia podniesionych zarzutów wskazał, że w związku z powyższym za zasadny należy uznać wniosek odwołującego o dokonanie zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w rozdziale V ust. 2 pkt 2) SWZ oraz w sekcji III pkt 111.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez ustalenie treści ww. warunku w następujący sposób:

„dysponuje odpowiednią zdolnością zawodową, tj. spełnia Warunek A lub Warunek B lub Warunek C lub Warunek D;

Warunek A

W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wykonawca zrealizował lub realizuje (umowa zakończona lub w trakcie wykonywania) naprawy główne co najmniej 3 szi tramwajów typu 120NaG. Pod pojęciem „naprawy głównej tramwaju typu 120NaG" Zamawiający rozumie przywrócenie wartości użytkowej, funkcjonalności oraz sprawności techniczno- ekonomicznej tramwaju typu 120NaG.

Warunek B

W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, Wykonawca zrealizował lub realizuje (umowa zakończona lub w trakcie wykonywania):

a)naprawy co najmniej 10 szt. zespołów napędowych w tramwaju typu 120NaG, o wartości netto minimum 500.0.00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100),

b)naprawy co najmniej 10 szt. kompletnych hydraulicznych układów hamulcowych w tramwaju typu 120NaG, w skład których wchodzą agregaty i zaciski hamulcowe, o wartości netto minimum 800.000,00 zł (słownie: osiemset tysięcy złotych 00/100),

c)naprawy co najmniej 5 szt. urządzeń klimatyzacyjnych w tramwaju typu 120NaG, o wartości netto minimum 100.0.00 zł (słownie: sto tysięcy złotych 00/100),

d)naprawy powypadkowe co najmniej 10 szt. tramwajów typu 120NaG, o wartości netto minimum 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100).

Warunek C

Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, w tym okresie wykonał co najmniej jedna usługę obejmująca swoim zakresem wykonanie obsługi technicznej poziomu utrzymania P4 co najmniej trzech elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym.

Warunek D

Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie naprawy okresowe poziomu P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz jednocześnie wykaże, że świadczył w w/w okresie serwis gwarancyjny lub pogwarancyjny wagonów tramwajowych wyposażonych w system sterowania napędem i urządzeniami pomocniczymi oparty o pokładowa sieć transmisji danych -CAN lub podobna napędzanych silnikami prądu przemiennego, z minimum 60% udziałem niskiej podłogi dla łącznej liczby nie mniejszej niż 10 sztuk tramwajów.

Przystępujący do postępowania po stronie odwołującego Falkone Sp. z o.o., poparł stanowisko odwołującego i wniósł o zmianę treści SWZ zgodnie z żądaniem odwołującego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, lecz w prezentowanym na rozprawie stanowisku wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, bądź jego oddalenie. W zakresie zarzutu potrzeby umorzenia postępowania odwołania podał, że zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w dniu 4.05 br. w którym to dokonał zmiany treści SWZ kwestionowanych przez odwołującego. Podał, że w chwili obecnej mamy taką sytuację, że nie mamy już jako obowiązującej treści SWZ tej, którą skarży odwołujący. W związku z tym zamawiający stoi na stanowisku, że odwołujący może wnieść odwołanie od tej nowe treści SWZ natomiast, co do tej, która została zmieniona to zdaniem zamawiającego upadł przedmiot sporu, gdyż w oparciu o sygnały wykonawców zamawiający tak zmienił SWZ, że obecnie warunki są inne niż te pierwotne. Wskazuje, że nie ma np.: podanego typu tramwaju w ramach, którego miało być zdobyte doświadczenie, nie ma wymogu, aby remonty dot. niskopodłogowych tramwajów, obecnie mają być warunki spełnione rozłącznie a nie łącznie.

Zamawiający podał, iż nie może uwzględnić żądania odwołującego podanego w przedstawionych warunkach C i D, gdyż jego zdaniem w tych warunkach ukryte są 2 kwestię, które mają istotny wpływ na wykonanie usługi. Odwołującemu chodzi przede wszystkim, aby wykazać się doświadczeniem usługi utrzymania pociągu na poziomie P4, który to poziom jest niższy niż poziomu wykonania naprawy głównej tramwaju, a której dotyczy przedmiot zamówienia. Podkreślił, że z technicznego punktu widzenia są bardzo istotne różnice między naprawą główną tramwaju, a naprawą P4 ciężkiego pojazdu szynowego. Dlatego też uważa, że spełnienie takiego warunku jest niewystarczające, gdyż odwołujący nie ma żadnego doświadczenia w dokonywaniu napraw całkowitych pojazdów szynowych, tj tramwajów. Podał, że jego zdaniem z analizy treści odwołania i sytuacji na rynku napraw tramwajów da się zauważyć, iż dwóch wykonawców, którzy nie spełniają wymagań udziału w postępowaniu w zakresie naprawy pojazdów szynowych po prostu chce wziąć udział w postępowaniu po to, aby nauczyć się tej obsługi. Z analiz zamawiającego wynika, że na rynku jest, co najmniej 5 wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w naprawach opisanych w OPZ w zakresie pojazdów szynowych, co tym samym wskazuje, że konkrecyjność, którą kwestionuje odwołującego została przez zamawiającego zapewniona. Zbyt dużym ryzykiem byłoby dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców nieposiadających doświadczenia w naprawie tramwajów. Nadto dodał, że nie ma żadnych przeszkód, aby wykonawcy łączyli się przy wykonywaniu tego zamówienia, czyli składali oferty w ramach konsorcjum lub świadczyli usługi, jako podwykonawcy dla tego wykonawcy, który posiada doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem.

Przystępujący do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego wykonawcy PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz SAATZ Sp. z o.o.ul. Postępu 14, 00676 Warszawa, poparli stanowisko zamawiającego i w złożonych pismach procesowych wskazywali, że zmiana SWZ w zakresie wnioskowanym przez odwołującego jest niezasadna i zmierza do dopuszczenia realizacji zamówienia, przez wykonawcę, który nie posiada wiedzy i doświadczenia w naprawach tramwajów, gdyż występują istotne różnice pomiędzy naprawą P4 ciężkiego pojazdu szynowego, a naprawą główną tramwajów, gdyż są to zdecydowanie inne technologicznie pojazdy i wykonawca, który ma doświadczenie w naprawie pociągów elektrycznym nie posiada wystarczającej wiedzy do wykonywania napraw – w tym i napraw głównych tramwajów. Wskazywali, że pojazdy kolejowe są w znacznym stopniu ustandaryzowane i zunifikowane, co wynika chociażby z rozporządzeń Komisji (UE) w zakresie Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności. Specyfika branży tramwajowej jest zupełnie inna. Pojazdy tramwajowe są projektowane na zamówienie konkretnych jednostek miejskich i są przeznaczone do eksploatacji w konkretnym mieście, dostosowane do wymagań danej infrastruktury. Pojazdy kolejowe są bardziej zunifikowane, ze względu na przepisy krajowe i unijne, pojazdy uzyskują dopuszczenie do eksploatacji na infrastrukturze kolejowej całej Polski lub krajów członkowskich. Wśród projektów tramwajowych większość stanowią projekty „szyte na miarę", w których rozwiązania konstrukcyjne są opracowane według wymagań danego zamawiającego (najczęściej miasta). Nadto pojazdy kolejowe różnią się od tramwajów większością parametrów, począwszy od wymiarów pojazdu, przez masę, liczbę miejsc, typ i moc znamionową silników trakcyjnych, układ hamulcowy, aż po prędkość maksymalną pojazdu. W związku z tym pojazdy tramwajowe wyróżniają się zastosowaniem specyficznych i właściwych tylko sobie rozwiązań, a tym samym wymagają specjalistycznej wiedzy i doświadczenie w ich naprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników, zaprezentowanych na piśmie i w czasie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie jest niezasadne, w szczególności z powodu niewykazania dowodowego zasadności stawianych zarzutów i żądań.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że odwołujący wnosił o niedopuszczenie do występowania w sprawie wykonawców PESA Bydgoszcz S.A. oraz SAATZ Sp. z o.o. podkreślając, ze obaj wykonawcy spełniają warunki udziału w postepowaniu i tym samym brak jest interesu po ich stronie do popierania stanowiska zamawiającego wobec zarzutów odwołania. Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku odwołującego ponieważ uwzględnienie stanowiska odwołującego mogłoby pogorszyć sytuację przystępujących w uzyskaniu zamówienia. Nadto przystąpienie nie ma na celu uzyskania zamówienia przez przystępującego, a tylko prezentowanie stanowiska zmierzającego do korzystnego rozstrzygnięcia dla strony do której zgłoszono przystąpienie Tym samym przy ocenie przesłanki interesu przy odwołaniach na treść SWZ należy kierować się hipotetycznym interesem podmiotów składających środki ochrony prawnej.

Zamawiający złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego, gdyż jego zdaniem po modyfikacji treści SWZ w dniu 4 maja br., w chwili obecnej mamy taką sytuację, że nie mamy tej treści SWZ, którą skarży odwołujący. Podał, że w związku z tym odwołujący może wnieść odwołanie od tej nowe treści SWZ, natomiast co do tej treści, która została zmieniona to zdaniem zamawiającego upadł przedmiot sporu.

Izba nie znalazła podstaw do umorzenia postepowania w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 Pzp z tego powodu, iż postępowanie stało się zbędne lub niedopuszczalne. Zamawiający faktycznie dokonał po części zmian treści SWZ w zakresie warunku A i B, a także dodał nowe (po wniesieniu odwołania) warunki udziału opisane w warunkach C; D i E. Podkreślić należy, że zamawiający dodał ww. trzy nowe warunki, które jednak nie odnosiły się do treści warunków C i D zgłoszonych jako żądania odwołującego. Zbieg warunków C i D dodanych przez zamawiającego z warunkami C i D podniesionymi w żądaniach w odwołaniu, jest tylko zbiegiem czysto formalnym.

Zauważyć należy, że odwołujący podał, iż nie kwestionuje treści dodanych warunków, natomiast cały czas aktualne jest żądanie z odwołania, dodania dwóch nowych warunków dotyczących dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w naprawach P4 ciężkich pojazdów szynowych.

W takim stanie faktycznym, kiedy odwołujący cały czas stawia to samo żądanie- dodania dwóch nowych warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, iż przedmiot sporu upadł i dalsze prowadzenie postepowania jest niedopuszczalne.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności podniesionych żądań dotyczących dodania do warunków udziału, warunków sprecyzowanych w odwołania, jako C i D Izba uznała, że żądanie dodania tych warunków we wskazanej treści jest niezasadne, gdyż nie zostało wykazane w postaci dowodu, że zakres napraw ciężkich pojazdów szynowych P4 daje wiedzę i doświadczenie pozwalające na wykonywania napraw – w tym napraw głównych tramwajów.

Zarówno zamawiający jak i przystępujący po jego stronie podnosili, iż niezasadne i nieudowodnione jest twierdzenie, że wykonawcy mający doświadczenie w wykonywaniu napraw głównych pojazdów szynowych posiadają niezbędną wiedzę

i doświadczenie, aby z należytą starannością zrealizować naprawę główną tramwajów, i to w sytuacji gdy odwołujący żąda uznania za wystarczające wykazanie doświadczenia w wykonywaniu napraw niższego poziomu niż napraw głównych, tj. napraw poziomu 4 (napraw rewizyjnych). Naprawa główna to naprawa poziomu 5 - zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych Dz. U z 2005r poz.226.

Izba powyższe stanowiska uznaje za zasadne. Wskazać należy, że we wnioskach odwołania odwołujący żąda uznania za referencyjne doświadczenia w wykonaniu napraw poziomu 4 ciężkich pojazdów szynowych. Różnice między tramwajami a elektrycznymi zespołami trakcyjnymi- które to pojazdy odwołujący chce uznać za pojazdy referencyjne, są znaczące zarówno na poziomie parametrów technicznych tych pojazdów, jak i w procesach utrzymania. W szczególności zakres utrzymania elektrycznego pojazdu trakcyjnego na poziomie P4 nie pokrywa się w zdecydowanej większości z zakresem czynności niezbędnych do wykonania w ramach naprawy głównej tramwajów. Nadto odwołujący nie wskazał, jaki rodzaj elektrycznego zespołu trakcyjnego należy uznać za referencyjny. Kategoria elektrycznych zespołów trakcyjnych obejmuje zarówno starsze pojazdy pozbawione współczesnych technologii, takie jak EN57, jak i nowoczesne niskopodłogowe elektryczne zespoły trakcyjne, takie jak te, których producentem przykładowo PESA Bydgoszcz.

Izba zauważa, że sam zamawiający nie zgadzając się na zmianę ustalonych warunków udziału, poprzez ich rozszerzenie o dwa dodatkowe wskazane przez odwołującego podkreślał, że nie jest zasadnym podjęcie ryzyka o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców mających doświadczenie w naprawach ciężkich pojazdów szynowych na poziomie P4 chociażby z tego powodu iż, nie jest mu znane- jako podmiotowi mającego w swych zasobach tylko pojazdy szynowe – tramwaje, jakie czynności są wykonywane na poziomie P4 i czy i w jakim są związku z naprawami tramwajów. Nadto, naprawy rewizyjne P4 nie obejmują napraw głównych, a te są w szczególności elementem przedmiotu zamówienia.

Izba uznaje powyższe stanowisko zamawiającego za słuszne i przyjmuje je jako własne. Uznać należy, że nie wydaje się, aby było dużym problemem dla odwołującego dowodu w postaci przedłożenia opisowo - porównawczego zakresu napraw tramwajów i zestawów trakcji kolejowej, celem wykazania, czy i w jakim zakresie czynności przy obu naprawach się pokrywają, lub są w znaczącym zakresie zbieżne, a tym samym dają doświadczenie takiemu wykonawcy dla wykonywania napraw tramwajów na poziomie naprawy głównej.

Wskazać należy, iż wykaz takich czynności został przedłożony przez przystępującego PESA, gdzie przedstawiono, że aż 55 z 89 czynności wykonywanych podczas naprawy głównej tramwaju nie jest wykonywanych lub jest wykonywane w znacząco inny sposób niż podczas naprawy poziomu P4 elektrycznego zespołu trakcyjnego typu EN57. W związku z tym, doświadczenie wykonawcy, który wykonał taką naprawę P4, jedynie w ok, 38 % odpowiadałoby czynnościom naprawy głównej tramwaju. Powyższe stanowisko przystępującego nie zostało skutecznie zakwestionowane, ani zaprzeczone dowodem przeciwnym.

Wobec powyższego Izba uznała, że doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu napraw poziomu 4 elektrycznych zespołów trakcyjnych nie jest adekwatne do wykonania napraw głównych tramwajów. Podkreślić należy, że postawienie w SWZ warunków udziału na obecnym poziomie nie uniemożliwia odwołującemu wzięcia udziału w postepowaniu, np. może brać udział w postępowaniu w ramach konsorcjum. Natomiast niezasadnym jest rozszerzanie warunków udziału o podmioty nie mające doświadczenia w naprawach głównych tramwajów, gdyż oprócz ewentualnego braku możliwości prawidłowego wykonania naprawy, to istnieje niebezpieczeństwo wykonania naprawy w sposób odbiegający od ustalonych zasad, co może skutkować zagrożeniem bezpieczeństwa w ruchu lądowym. Odwołujący nie wykazał, iż legitymuje się wykonaniem naprawy głównej chociażby jednego pojazdu szynowego – tramwaju.

Izba uznała również, iż nie jest możliwe dokonywanie ocen wymagań zamawiających w tym i warunków udziału, jakie zostały postawione w innych postępowaniach, na podobny przedmiot zamówienia. Każde postępowanie ma swoją specyfikę uwarunkowaną w szczególności potrzebami zamawiającego.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisem art. 534 Pzp to na stronach i uczestnikach postępowania spoczywa ciężar wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów z których wywodzą określone skutki prawne. Natomiast art. 6 kc, statuujący ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: Lex nr 487510). Co do zarzutów podniesionych przez odwołującego w treści odwołania Izba, jedynie na marginesie, wskazuje, iż zostały one oparte jedynie na twierdzeniach i brak jest jakichkolwiek dowodów, a nawet opracowań własnych potwierdzających tezy zawarte w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa przywołanych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Przewodniczący:.....