Sygn. akt: KIO 1087/23

WYROK z dnia 2 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2023 r. przez odwołującego: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lisim Ogonie (ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon) w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego: Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (ul. Raciborska 58, 40-074 Katowice),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lisim Ogonie (ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (ul. Raciborska 58, 40-074 Katowice) koszty postępowania odwoławczego w kwocie 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem 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. z 2022 r., poz. 1710 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.

Sygn. akt: KIO 1087/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 17 kwietnia 2023 r. przez odwołującego: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lisim Ogonie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Usługę naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych typu21WEa, 22WEd i 34WEa wraz z wykonaniem prac dodatkowych”. Numer referencyjny: FFZS.27.4.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urze. UE z dnia 5 kwietnia 2023 r., numer 2023/S 068-204256.

Wykonawca w punkcie VIII i IX odwołania podał:

(...)

VIII. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia zarzut naruszenia przepisów art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia straciło walor przejrzystości.

IX. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1) zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

2) dokonaną zmianę ogłoszenia i specyfikacji warunków zamówienia przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, oraz zamieścił stosowną zmianę na swojej stronie internetowej.

Odwołujący wskazał, że (…) niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności w sposób nieproporcjonalny i

dyskryminujący odwołującego się wykonawcę, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej tak sformułowane warunki, pomimo posiadania bogatego doświadczenia. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia warunków udziału w postępowaniu pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania

przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia, faktycznie umożliwiając Odwołującemu udział w postępowaniu. Tym samym w przyszłości oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez kwestionowane w odwołaniu warunki udziału w postępowaniu Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie uczestniczyć w postępowaniu i złożyć konkurencyjnej oferty w postępowaniu. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. (...) (…)

W uzasadnieniu podał: (…)

W treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), sekcja IX pkt 9.2, oraz odpowiednio w sekcji III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj.:

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, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, w ramach jednej umowy co najmniej osiem usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym i prędkością eksploatacyjną 160 km/h o wartości łącznej nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł netto (słownie: dziesięć milionów złotych, 00/100 netto).

2. Odwołujący podnosi, iż sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w ww. sposób tj. poprzez wymaganie aż ośmiu usług przeglądu, co więcej wykonywanych w ramach jednej umowy oraz o wartości aż 10 mln złotych netto, stanowi rażące naruszenie powołanych w petitum odwołania przepisów ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób

nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia straciło walor przejrzystości.

3. Zdaniem Odwołującego nie ma żadnego technicznego uzasadnienia dla określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób narzucony obecnie przez Zamawiającego.

Po pierwsze, zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawca będzie wykonywał wszystkie czynności objęte przedmiotem Umowy zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w postępowaniu FFZS.27.4.2023 oraz zgodnie z wymogami wynikającymi z: 1.1. Obowiązującego DSU, zatwierdzonego przez Koleje Śląskie;

1.2. Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (dalej: DTR);

1.3. Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru;

1.4. Instrukcji określającej ogólne zasady eksploatacji i utrzymania pojazdów kolejowych spółki K- 1;

1.5. Instrukcji określającej metody i sposoby wykonywania pomiarów geometrycznych zestawów kołowych K-3;

1.6. Przepisów oraz Polskich i Europejskich Norm obowiązujących w trakcie trwania Umowy;

1.7. Procedury P/05;

1.8. Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 3 stycznia 2013 r. w sprawie sposobu prowadzenia rejestru oraz sposobu oznakowania pojazdów kolejowych (tj. z dnia 11 kwietnia 2019 r.: Dz.U. z 2019 r. poz. 918 ze zm.).

Zatem sposób realizacji umowy został narzucony przez Zamawiającego oraz wynika z przywołanej dokumentacji technicznej pojazdów.

Po drugie, Projektowane Postanowienia Umowne nr FFZS.27.4.2023, stanowiące załącznik do SWZ, zakładają realizację zamówienia w okresie około 36 miesięcy, a usługi naprawy 4 poziomu utrzymania będą odbywać się w sposób sukcesywny (patrz: Załącznik nr 4 do Umowy, Harmonogram przekazywania pojazdów typu 21WEa, 22WEd i 34WEa do wykonania usługi naprawy 4 poziomu utrzymania). Nie jest zatem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia warunek wykonania aż ośmiu usług przeglądu w ramach jednej umowy. Ograniczenie ilości usług do 5 (pięciu) przeglądów, realizowanych na podstawie kilku umów, w tym samym okresie (wymagane ostatnie 3 lata przed terminem składania

ofert), nie wpłynie w żaden sposób na zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Wykonawca, który w okresie ostatnich 3 lat wykonywał sukcesywne przeglądy w ramach jednej umowy posiada dokładnie to samo doświadczenie, co wykonawca wykonujący w okresie ostatnich 3 lat przeglądy w ramach kilku zawartych umów. Usługi naprawy 4 poziomu są czynnością powtarzalną, wymaganie aż 8 (ośmiu) przeglądów wykonywanych w ramach jednej umowy nie stanowi wymagania minimalnych zdolności. Wykonawca posiadający doświadczenie odnoszące się do 5 (pięciu) usług naprawy 4 poziomu będzie z pewnością w

stanie wykonać niniejsze zamówienie należycie. W przypadku umów serwisowych zwielokrotnienie liczby przeglądów nie ma już żadnego znaczenia dla oceny zdolności wykonawcy. Bowiem już ta mniejsza liczba, tj. 5 (pięć) usług naprawy pokazuje, że wykonawca posiada zdolności i doświadczenie zapewniające odpowiednią jakość świadczonych usług. Bez znaczenia pozostaje także wartość zrealizowanych usług, bowiem także wykonawca, który wykonał w okresie ostatnich 3 lat przeglądy o łącznej wartości mniejszej niż 10 mln zł netto, tj. 10 mln zł brutto, posiada wystarczające doświadczenie, pozwalające na należyte wykonanie usług naprawy 4 poziomu utrzymania pojazdów. W tym zakresie istotny powinien być sam fakt należytego zrealizowania ściśle określonego zakresu usług, odnośnie którego Zamawiający sformułował dodatkowe i konkretne wymagania, co do rodzaju pojazdu, jego napędu oraz prędkości eksploatacyjnej.

Po trzecie, Odwołujący podkreśla, iż na zlecenie innego Wykonawcy, SPS sp. z o.o. sp. k., z powodzeniem wykonał na 9 poprzednich pojazdach 22WE należących do spółki Koleje Śląskie następujący zakres prac:

- demontaż kół monoblokowych z zestawu napędowego, demontaż przekładni i sprzęgła
- montaż przekładni i sprzęgła
- montaż kół monoblokowych zestawu napędowego
- montaż silnika
- wymiana łożysk TBU
- defektoskopia zestawów kołowych
- wymiana sworzni metalowo-gumowych wahacza
- wymiana amortyzatora czopa skrętu - pomiary jarzma
- przetaczanie zestawów kołowych
- przetaczanie (zabielenie) tarcz hamulcowych
- wyważanie dynamiczne zestawów
- pomiary zestawów kołowych (bicie)
- naciskanie wózków prasą

Odwołujący podnosi, że pomimo tego faktu i nabycia ww. doświadczenia, nie jest w stanie spełnić nadmiernego warunku udziału w postępowaniu, a tym samym złożyć Zamawiającemu konkurencyjnej oferty przetargowej.

4. Zdaniem Odwołującego, obecny warunek udziału w postępowaniu jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, ogranicza konkurencję, eliminując podmioty zdolne do należytego wykonania zamówienia bez uzasadnionej podstawy. W orzecznictwie słusznie wskazuje się, że postępowanie przetargowe ma doprowadzić do wykluczenia wykonawców niezdolnych do wykonania zamówienia: „Stawiane przez zamawiającego warunki podmiotowe zmierzają do tego, aby wyłonić podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia i aby wykluczyć z postępowania te podmioty, które tych warunków nie spełniają” . Opis sposobu

dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a nie prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców (nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać należycie zamówienie).

Postawiony przez Zamawiającego warunek wyklucza z postępowania wykonawców posiadających doświadczenie w zakresie prac objętych niniejszym zamówieniem, jednak nie obejmujących aż ośmiu przeglądów, wykonanych dodatkowo w ramach jednej umowy oraz na kwotę 10 mln złotych netto. Obecny warunek udziału w tym zakresie nie stanowi minimalnych poziomów zdolności i nie jest uzasadniony stopniem złożoności czy warunkami realizacji zamówienia. Jednocześnie, ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania. Wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie ww. kwestionowanego warunku nie posiada żadnych innych, dodatkowych kompetencji, które byłyby niezbędnymi i kluczowymi z punktu widzenia możliwości należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia.

5. Formułując wymagania dotyczące referencyjnych zamówień w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien brać pod uwagę okoliczności i warunki rynkowe, tak, aby nadmierne wymagania co do doświadczenia, którym ma dysponować wykonawca, nie prowadziły do faktycznej eliminacji z

możliwości udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do należytej realizacji zamówienia. Wadliwość konstrukcji warunku udziału najlepiej obrazuje sytuacja Odwołującego w niniejszym postępowaniu, który od wielu lat uczestniczy w tego typu postępowaniach i zrealizował z powodzeniem szereg usług naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych, jednak nie będzie w stanie wziąć udziału w niniejszym postępowaniu.

6. Argumentację Odwołującego wspierają przykłady z rynku publicznego na podobne zamówienia. Odwołujący pragnie wskazać na inne postępowania, w których Zamawiający nie określają warunków udziału w postępowaniu wymagając wykonania aż ośmiu usług, wykonanych w ramach jednej umowy, i to jeszcze o tak wygórowanej wartości tych usług. Warunki udziału określane przez innych Zamawiających są formułowane w sposób zdecydowanie bardziej konkurencyjny niż w niniejszym postępowaniu, przy bardzo zbliżonym przedmiocie zamówienia, co zapewnia wysoki poziom konkurencyjności.

Przykładowo należy wskazać na postępowania przetargowe prowadzone przez :

▪ Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu, na Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania dla 22 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN76, Nr sprawy: DT II.272.3.2022, gdzie Zamawiający dla wykonania czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) dla 22 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN76 od numerów 026 do 047 stanowiących

własność Województwa Wielkopolskiego ograniczył warunek udziału jedynie do doświadczenia w wykonaniu pięciu napraw, cyt.: „Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje , w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej pięć napraw okresowych na poziomie utrzymania P4 i/lub P5 elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto (słownie jeden milion pięćset tysięcy złotych 00/100)".

▪ „Koleje Mazowieckie – KM" sp. z o.o. w Warszawie, na Naprawy w poziomie utrzymania P4 38 EZT serii EN57AKM, znak MWZ3.27.6.2022, gdzie Zamawiający dla wykonania czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) dla aż 38 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57AKM ograniczył warunek udziału jedynie do doświadczenia w wykonaniu pięciu napraw, cyt.: „w okresie ostatnich 3 lat, , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej jedną usługę obejmującą swoim zakresem wykonanie czynności przeglądowych zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 120 km/h, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto (słownie jeden milion złotych 00/100 netto)".

W załączeniu Odwołujący przedkłada dokumenty specyfikacji warunków zamówienia dla ww. postępowań o udzielenie zamówienia.

7. Nadto, Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z postanowieniami sekcji V pkt 5.5 SWZ Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163). Przedmiot zamówienia winien być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS, na dowód czego wymaga złożenia jako przedmiotowego środka dowodowego dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS) (sekcja X pkt 10.2 SWZ).

Tym samym, Zamawiający wymaga dokumentu (certyfikatu) potwierdzającego bardzo wysokie kompetencje i doświadczenie w serwisie pojazdów szynowych. Niewiele firm ma tego typu poświadczenia. Dlatego w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien być otwarty na udział firm, które mają wystarczające doświadczenie i kompetencje do realizacji podobnych przedsięwzięć i chcą je realizować. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający ograniczył konkurencję w przedmiotowym postępowaniu, tym samym pozbawiając się szansy na uzyskanie najlepszej jakości usług w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na realizację danej inwestycji oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Reasumując, należy uznać, że dokonany w przedmiotowym postępowaniu opis warunku doświadczenia jako nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, narusza wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Ogranicza on bowiem krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia poprzez wyłączenie z ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotów zdolnych do świadczenia określonych usług. Warunki określone przez Zamawiającego prowadzą de facto do wyłączenia konkurencji.

8. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację opisanego w sekcji IX pkt 9.2 SWZ (oraz odpowiednio sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu) warunku udziału w postępowaniu i nadanie mu następującego brzmienia:

„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, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, co najmniej pięć usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym i prędkością eksploatacyjną 160 km/h o wartości łącznej nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych, 00/100 brutto)." Odwołujący podkreśla, że zaproponowana nowa treść warunku doświadczenia wykonawcy, po pierwsze, otworzy przetarg na konkurencję, czyli na przedsiębiorców, którzy są zdolni

wykonać zamówienie, co z kolei wpłynie korzystnie na wysokość cen oferowanych przez wykonawców; po drugie, będzie stanowić wystarczającą gwarancję, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy faktycznie zdolni do jego należytego wykonania; po trzecie, warunek udziału w brzmieniu postulowanym przez Wykonawcę, inaczej niż warunek określony aktualnie w sekcji IX pkt 9.2 SWZ oraz sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, nie będzie nikogo dyskryminować. Zatem zwiększenie konkurencyjności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie otrzymanie konkurencyjnych ofert przetargowych, zdecydowanie leży w interesie przede wszystkim Zamawiającego, jak również w szeroko rozumianym interesie publicznym.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 21 kwietnia 2023 r. Zgodnie z informacją według pisma z dnia 20/04/23 pkt 4): „Zamawiający przekazał

wezwanie do przystąpienia do odwołania oraz kopię odwołania drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy Zakupowej w dniu 18 kwietnia 2023 r.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 26/04/23 wniósł o

oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał: (…)

II. Argumentacja prawna

1. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z art. 116 ust. 1 PZP.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w następujący sposób:

„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, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, w ramach jednej umowy co najmniej osiem usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym i prędkością eksploatacyjną 160 km/h o wartości łącznej nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł netto (słownie: dziesięć milionów złotych, 00/100 netto)”.

W ocenie Odwołującego, warunek ten został określony w sposób nieproporcjonalny i ograniczający uczciwą konkurencję, a w szczególności Zamawiający bezzasadnie:

a. Wymaga doświadczenia w wykonaniu czynności przeglądowych zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej ośmiu usług w ramach jednej umowy;

b. Wskazuje, że wartość umowy, którą ma wykazać się Wykonawca powinna opiewać na wartość nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł netto.

Nie można jednak zgodzić się z argumentacją Odwołującego. Każdy z powyższych elementów wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia jest istotny dla zweryfikowania, czy wykonawca biorący udział w Postępowaniu jest zdolny do wykonania zamówienia w sposób należyty i bez negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Poniżej przedstawione zostały wyjaśnienia w zakresie poszczególnych elementów zaskarżonego przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Ad. a. Zamawiający wymaga doświadczenia w wykonaniu czynności przeglądowych zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej ośmiu usług w ramach jednej umowy. Odwołujący wyjaśnia, że nie ma żadnego technicznego uzasadnienia formułowania warunku w określony powyżej sposób.

Odwołujący w pkt 3 uzasadnienia odwołania wskazuje, że:

a. czynności będą wykonywane zgodnie z wymogami dokumentacji pojazdu narzuconymi przez wykonawcę;

b. czynności przeglądowe będą wykonywane w okresie 36 miesięcy;

c. doświadczenie w zakresie 5 usług jest wystarczające dla weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a zwielokrotnienie liczby przeglądów nie ma już żadnego znaczenia dla oceny zdolności wykonawcy;

d. doświadczenie w zakresie wykonania 5 usług w ramach różnych umów jest tożsame do doświadczenia pozyskanego w ramach jednej umowy;

e. Odwołujący z powodzeniem wykonał prace wymienione w treści Odwołania.

W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W istocie Odwołanie nie przedstawia żadnych okoliczności faktycznych, które wskazywałyby, że warunki określone przez Zamawiającego zaburzają uczciwą konkurencję i, że w okresie ostatnich 3 lat nie było możliwe uzyskanie doświadczenia w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Zamawiający, przy ustanawianiu warunków udziału w Postępowaniu kierował się wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia i równocześnie Zamawiający miał na uwadze, aby warunek ten nadmiernie nie ograniczył konkurencji.

Przedmiotowe Postępowanie jest dla Zamawiającego kluczowe i związane z istotnymi ryzykami. Po pierwsze Postępowanie dotyczy naprawy czwartego poziomu utrzymania 21 pojazdów z liczącej w sumie 60 pojazdów floty posiadanych przez Zamawiającego pociągów. Nienależyte wykonanie zamówienia może spowodować istotne zagrożenie dla wykonywania przez Zamawiającego przewozów pasażerskich lub ich częściowe wstrzymanie. Taka sytuacja mogłaby narazić Zamawiającego na dodatkowe szkody związane z niewykonywaniem umowy przewozowej zawartej z Województwem Śląskim. Istotne dla Zamawiającego jest więc zapewnienie zarówno odpowiedniej jakości wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania jak również terminowości wykonania usług.

Po drugie pojazdy objęte Postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego objęte są gwarancją producenta PESA Bydgoszcz S.A (niektóre pojazdy nawet do 2030 r.).

Nienależyte wykonanie naprawy przez wykonawcę może skutkować utrudnionym procesem reklamacyjnym, a w najgorszym przypadku – utratą gwarancji producenta. Tym samym Zamawiający wymaga od wykonawców doświadczenia innego niż w dotychczas prowadzonych postępowaniach, by zminimalizować ryzyko związane z ograniczeniem lub utratą gwarancji przez Zamawiającego. Dlatego też nie jest zasadne porównywanie warunku udziału w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Wielkopolskie wskazanego przez Odwołującego (str. 6 Odwołania), gdyż w tamtym przypadku pojazdy objęte przedmiotem zamówienia nie były już objęte gwarancją producenta.

Po trzecie, Zamawiający jest pierwszym podmiotem w Polsce realizującym zamówienie na wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania na pojazdach typu 21WEa, 22WEd i 34WEa z rodziny ELF II. Postępowanie dotyczy najnowocześniejszych pojazdów posiadanych przez Zamawiającego i jednych z najnowocześniejszych na rynku. Pojazdy te zostały wyprodukowane w latach 2016 – 2020. Województwo Śląskie wraz z Zamawiającym byli pierwszymi właścicielami nowej rodziny pojazdów. Dlatego też warunki z dotychczas wykonywanych postępowań nie mogą być wprost porównywane do aktualnie prowadzonego Postępowania. Żaden z wykonawców na rynku nie ma doświadczenia w realizowaniu napraw na pojazdach posiadanych przez Zamawiającego. Dlatego też, celem określenia warunku przez Zamawiającego było wprowadzenie takiego warunku w Postępowaniu, który z jednej strony pozwala zapewnić wybór wykonawcy dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia, przy równoczesnym zapewnieniu konkurencyjności Postępowania.

W tym miejscu wskazuję, że przedstawiony przez Odwołującego przykład warunku udziału w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Mazowieckie – KM" sp. z o.o. w Warszawie (str. 7 Odwołania) nie przystaje do przedmiotu niniejszego Postępowania. Pojazdy będące przedmiotem tamtego postępowania – EN57AKM to pojazdy o konstrukcji z lat pięćdziesiątych, o dużo prostszej budowie, nie posiadające nowoczesnych systemów bezpieczeństwa – jak np. ECTS. W ocenie Zamawiającego, wykonawcy posiadający doświadczenie w zakresie wykonania napraw dużo starszych pojazdów nie dają rękojmi prawidłowego wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania na nowoczesnych zespołach trakcyjnych.

Mając na uwadze wszystkie opisane okoliczności, Zamawiający uznał, że zasadne jest określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób przewidziany w SWZ i nie stanowi to naruszenia przepisów PZP.

Konkurencyjność Postępowania

Z wiedzy Zamawiającego wynika, że na rynku polskim, przynajmniej pięć podmiotów jest w stanie wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Dowód: Zestawienie postępowań na wykonanie napraw czwartego poziomu utrzymania na 8 i więcej EZT

Zestawienie pokazuje, że tylko na polskim rynku występuje kilka podmiotów, które w ostatnich 3 latach zakończyły wykonanie umowy na naprawę czwartego poziomu utrzymania w ramach jednej umowy, na co najmniej 8 pojazdów z napędem asynchronicznym dopuszczonych do eksploatacji z prędkością 160 km/h o łącznej wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 złotych. Ponadto zestawienie to pokazuje, że w tym czasie możliwe było uzyskanie takiego doświadczenia, a którego Odwołujący nie uzyskał. Warunek został więc w ocenie Zamawiającego określony w sposób, który zapewnia konkurencyjność postępowania i proporcjonalność do przedmiotu zamówienia.

Bezzasadny jest również zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie powinien wymagać doświadczenia w ramach jednej umowy. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w Odwołaniu, doświadczenie w zakresie 5 usług jest wystarczające dla weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a zwielokrotnienie liczby przeglądów nie ma już żadnego znaczenia dla oceny zdolności wykonawcy oraz doświadczenie w zakresie wykonania 5 usług w ramach różnych umów jest tożsame do doświadczenia pozyskanego w ramach jednej umowy. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem. Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu mają wykazać się realizacją naprawy czwartego poziomu utrzymania co najmniej 8 pojazdów, co stanowi 38 % liczby pojazdów objętych zamówieniem. Realizacja zamówienia, obejmującego swym zakresem większą liczbę usług wymaga od wykonawcy posiadania kompetencji organizacyjnych i logistycznych. Zamawiający przewiduje, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do wykonania czterech napraw równocześnie. Wykonawca musi zapewnić sobie możliwość przyjęcia tylu pojazdów równocześnie do zaplecza technicznego, koordynować dostawę i wymianę części, a także zapewnić obsługę procesu reklamacyjnego dla wszystkich pojazdów po naprawie. Należy podkreślić, że wprawdzie czynności przeglądowe mają być wykonywane w okresie 36 miesięcy, natomiast naprawy 15 pojazdów (ponad 70 % wszystkich pojazdów w ramach umowy) powinny zostać wykonane w okresie 12 miesięcy. Przy takim natężeniu wykonawca musi zapewnić najwyższe standardy, by dochować terminów określonych w Postępowaniu. Należy również podkreślić, że SWZ określa dokumenty techniczne, zgodnie z którymi powinno zostać wykonane zamówienie. Nie oznacza to jednak, że dokumenty zawierają pełną instrukcję, jak wykonać wszystkie czynności w ramach naprawy. W wielu przypadkach dokumentacja techniczna określa

wyłącznie efekt jaki powinien zostać uzyskany, natomiast to po stronie wykonawcy jest posiadanie know-how w zakresie sposobu wykonania danej czynności. Jest to szczególnie istotne w prowadzonym Postępowaniu, gdzie terminy realizacji poszczególnych przeglądów zostały możliwie skrócone (w celu ograniczenia liczby równoczesnego wyłączenia pojazdów). Wykonawca realizujący zamówienie powinien posiadać doświadczenie, które pozwoli mu na sprawne wykonanie naprawy.

W ocenie Zamawiającego, bez znaczenia dla sprawy jest fakt, że Odwołujący wykonywał pojedyncze czynności z zakresu czwartego poziomu utrzymania na pojazdach Zamawiającego. Zakres prac przytoczonych w Odwołaniu (str. 5 Odwołania) obejmował około 2 % czynności z zakresu całej naprawy i to nie na wszystkich wskazanych przez Odwołującego pojazdach. Wskazane doświadczenie nie przystaje do wymagań Postępowania. W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z wyrokiem z dnia 30 maja 2017 roku, sygn. akt. KIO 1028/17: „Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem

zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny".

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek.

Odwołujący nie nabył odpowiedniego doświadczenia w przeciągu ostatnich trzech lat natomiast nie oznacza to, że warunek stoi w sprzeczności z wykładnią art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 PZP. Uzyskanie doświadczenia w tym okresie było możliwe i większość podmiotów na rynku nie ma problemu z jego osiągnięciem. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie, m.in. w wyr. z 8.5.2019 r. (KIO 744/19, Legalis), podkreślała, że sposób określenia warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Izba zwróciła uwagę, że warunki udziału określone w danym postępowaniu kształtują pewien wzorzec wykonawcy, któremu zamawiający może powierzyć realizację zamówienia. Wzorzec ten określają cechy dobrane w sposób obiektywny – powiązany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, zapewniający dostęp do zamówienia tylko tym wykonawcom, którzy gwarantują zamawiającemu, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z celem danego postępowania. Rozszerzenie konkurencji nie jest celem w sposób bezwzględny najwyższym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Granicę dla rozszerzania konkurencyjności danego postępowania wyznaczają realne i obiektywne czynniki, mierzące zdolności wykonawcy w kontekście specyfiki i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania wymagań określających warunki udziału w postępowaniu do warunków dostępnych konkretnemu wykonawcy. Prawem zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście, zaś o złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia (wyr. KIO z 4.3.2021 r., KIO 356/21, Legalis). - Komentarz do art. 112 PZP red. Jaworska 2022, wyd. 4/D. Grześkowiak-Stojek

Ad b. Zamawiający wskazuje, że wartość umowy, którą ma wykazać się Wykonawca powinna opiewać na wartość nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł netto.

Odwołujący wnosi o obniżenie wartości zamówienia do 10 000 000, 00 zł brutto, tj. 8 130 081,30 zł netto. W ocenie Zamawiającego również w tym przypadku proponowana zmiana nie jest zasadna. Wartość zamówienia objętego Postępowaniem przekroczy 80 000 000,00 zł brutto. Zamawiający określił więc warunek udziału w Postępowaniu na poziomie jedynie 1/8 wartości całego zamówienia. Dodatkowo, analizując wartość poszczególnych zamówień przedstawionych w zestawieniu powyżej, umowy o wartości powyżej 10 000 000,00 zł są standardem w zamówieniach zbliżonych do aktualnie prowadzonego przez Zamawiającego. Tym samym określenie warunku wykazania się umową o wartości 10 000 000, 00 zł netto nie wpływa na ograniczenie konkurencyjności Postępowania.

Podsumowując wyjaśnienia w zakresie ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu, należy podkreślić w ślad za stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku KIO 1028/17 (...), że: „W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności postawionego warunku, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający posiada wiedzę, że przynajmniej 5 podmiotów funkcjonujących na rynku spełnia określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. W istocie Odwołujący nie jest w stanie wykazać się doświadczeniem w zakresie wykonania naprawy czwartego lub piątego poziomu utrzymania 8 pojazdów (ani w ramach jednej umowy, ani w ramach kilku umów) oraz określonej łącznej wartości usług. Tym samym w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, nie naruszył on art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w związku z art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z art. 116 ust. 1 PZP.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący, wykonawca Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lisim Ogonie podnosząc zarzut naruszenia w przedmiotowym postępowaniu art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, wskazał na warunek udziału w Sekcji IX. 9.2 dotyczący zdolności technicznej stwierdzając, że został ten warunek określony (...) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia straciło walor przejrzystości".

Przedmiotem tego zamówienia jest „Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 21WEa, 22WEd i 34WEa wraz z wykonaniem prac dodatkowych". W Sekcji V. 5.1. wskazano: (...)

„Przedmiotem zamówienia obejmuje wykonanie przez Wykonawcę usługi naprawy: • 12 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 22WEd odpowiadającej 4 poziomowi utrzymania

(dalej: naprawa) określonej w Dokumentacji Systemu Utrzymania dla pojazdu typu 22WEd wraz z wykonaniem prac dodatkowych wskazanych w Załączniku nr 3 do Ppu (zakres podstawowy i zakres wynikający z Prawa Opcji, o którym mowa w §14 Załącznika nr 2 do SWZ - Ppu);

- 5 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 21WEa odpowiadającej 4 poziomowi utrzymania

(dalej: naprawa) określonej w Dokumentacji Systemu Utrzymania dla pojazdu typu 21WEa wraz z wykonaniem prac dodatkowych wskazanych w Załączniku nr 3 do Ppu (zakres podstawowy i zakres wynikający z Prawa Opcji, o którym mowa w §14 Załącznika nr 2 do SWZ - Ppu);

- 4 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 34WEa odpowiadającej 4 poziomowi utrzymania

(dalej: naprawa) określonej w Dokumentacji Systemu Utrzymania dla pojazdu typu 34WEa wraz z wykonaniem prac dodatkowych wskazanych w Załączniku nr 3 do Ppu (zakres podstawowy i zakres wynikający z Prawa Opcji, o którym mowa w §14 Załącznika nr 2 do SWZ - Ppu);"

> 5.2 .Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia zawiera Załącznik nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy)."

Według tego Projektu, jego § 16 ust.1: „Umowa będzie realizowana w terminie od dnia podpisania Umowy do dnia odbioru po Naprawie P4 ostatniego Pojazdu, w odniesieniu do Harmonogramu stanowiącego Załącznik nr 4 do Umowy oraz uzyskaniu zezwoleń dla wszystkich Pojazdów". Z Harmonogramu wynika, że podane tam terminy zakładają możliwe kumulowanie terminów napraw dla wymienionych w nim 21 pojazdów.

Kwestionując warunek w brzmieniu: „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, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, w ramach jednej umowy co najmniej osiem usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym i prędkością eksploatacyjną 160 km/h o wartości łącznej nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł netto (słownie: dziesięć milionów złotych, 00/100 netto)."

> - Odwołujący stwierdził, że ten warunek udziału nie stanowi minimalnych poziomów zdolności oraz nie jest uzasadniony stopniem złożoności czy warunkami realizacji zamówienia i wniósł, aby zostało nadane temu warunkowi następujące brzmienie:

„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, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, co najmniej pięć usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym i prędkością eksploatacyjną 160 km/h o wartości łącznej nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych, 00/100 brutto)."

Żądanie zmiany dotyczy zatem kluczowych 3 elementów i de facto prowadzi na wykreślenia dotychczasowego warunku, a w jego miejsce ustalenie takiego, który nie będzie obejmował - jak podnosił Odwołujący „aż ośmiu przeglądów, wykonanych dodatkowo w ramach jednej umowy oraz na kwotę 10 mln złotych netto".

Mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia i wymagany sposób realizacji dla tego przedmiotu zamówienia ustalenie warunku na poziomie 5 usług w ramach odrębnych umów nie stanowiłoby minimalnego poziomu zdolności. Stopień złożoności wynikający także z warunków organizacyjnych realizacji zamówienia uzasadnia wymagane doświadczenie w realizacji kliku usług w ramach jednej umowy. Wobec tego i z uwagi na sformułowane żądanie Izba nie miała podstaw do nakazania Zamawiającemu zmiany podanej w warunku liczby ośmiu (8) usług realizowanych w ramach jednej umowy na kwotę 10 mln zł netto.

W konkluzji Izba stwierdza, że założenie dla warunku wykazania się kilkoma usługami na podstawie jednej umowy jest adekwatne do przedmiotu zamówienia, i tym samym nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp,

pomimo że ogranicza krąg podmiotów mogących złożyć samodzielnie ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wykazał, że przy ustanawianiu warunków udziału w przedmiotowym

postępowaniu kierował się wartością zamówienia, jego charakterystyką i zakresem, oraz stopniem złożoności, co do wymaganej organizacji i warunków realizacji zamówienia. Niewątpliwie zapewnienie zarówno odpowiedniej jakości wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania jak również terminowości wykonania usługi z punktu widzenia interesu Zamawiającego jest istotne. Postępowanie dotyczy najnowocześniejszych pojazdów posiadanych przez Zamawiającego i jednych z najnowocześniejszych na rynku. Zamawiający – jak podał - jest pierwszym podmiotem w Polsce realizującym zamówienie na wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania na pojazdach typu 21WEa, 22WEd i 34WEa z rodziny ELF II, które są objęte gwarancją producenta PESA Bydgoszcz S.A. (niektóre z nich nawet do 2030). Czynności przeglądowe mają być wprawdzie wykonywane w okresie 36 miesięcy, jednakże naprawy 15 pojazdów (ponad 70 % wszystkich pojazdów w ramach umowy) mają zostać wykonane w okresie 12 miesięcy. Wykonawca zatem realizujący zamówienie powinien posiadać doświadczenie, które pozwoli mu na sprawne wykonanie naprawy. Niewątpliwie realizacja tego zamówienia wymaga od wykonawcy posiadania w równym stopniu kompetencji organizacyjnych i logistycznych jak i dotyczących umiejętności technicznych. Tak jak przewiduje Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do wykonania czterech napraw równocześnie. Wykonawca musi zatem zapewnić możliwość przyjęcia tylu pojazdów równocześnie do zaplecza technicznego, koordynować dostawę i wymianę części, a także zapewnić obsługę procesu reklamacyjnego dla wszystkich pojazdów po naprawie. Nienależyte wykonanie naprawy przez wykonawcę może skutkować co najmniej utrudnionym procesem reklamacyjnym. Tym samym Zamawiający jest uprawniony wymagać od wykonawców doświadczenia innego niż w dotychczas prowadzonych postępowaniach, aby zminimalizować ryzyko związane z ograniczeniem lub nawet (w najgorszym przypadku) utratą gwarancji producenta dla pojazdu.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wskazany przez Odwołującego tytułem przykładu warunek udziału w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Mazowieckie – KM" sp. z o.o. w Warszawie nie przystaje do przedmiotu tego zamówienia. Pojazdy będące przedmiotem wskazywanego postępowania – EN57AKM to pojazdy o konstrukcji z lat pięćdziesiątych, o dużo prostszej budowie, nie posiadające nowoczesnych systemów bezpieczeństwa – jak np. ECTS. Wykonawcy posiadający doświadczenie w zakresie wykonania napraw dużo starszych pojazdów nie dają wprost rękojmi prawidłowego wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania na nowoczesnych zespołach trakcyjnych. Z kolei warunek udziału w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Wielkopolskie nie jest wprost porównywalny ze spornym warunkiem, albowiem naprawy nie dotyczyły pojazdów objętych gwarancją producenta, zatem reżim takich napraw mógł być inny. Doświadczenie Odwołującego, na które wskazuje sam wykonawca dowodzi, że

wykonywał pojedyncze czynności z zakresu czwartego poziomu utrzymania na pojazdach Zamawiającego i to głównie jako podwykonawca. Zakres prac – jak wynika z opisów -obejmował około 2 % czynności z zakresu całej naprawy, a te czynności nie dotyczyły pojazdów nowej generacji. Wskazane doświadczenie nie przystaje zatem nawet w minimalnym stopniu do wymagań. Izba zauważa, że Odwołujący nie wykazał doświadczenia w zakresie wykonania (samodzielnie) naprawy czwartego lub piątego poziomu utrzymania mniejszej liczby pojazdów w ramach jednej umowy, niż wymagana (ani w ramach kilku umów) o określonej łącznej wartości usług. Niewątpliwie zasada równego traktowania nie oznacza konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. To, że Odwołujący nie nabył samodzielnie odpowiedniego doświadczenia w przeciągu ostatnich trzech lat nie oznacza, że warunek stoi w sprzeczności ze wskazywanymi w odwołaniu przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z wykładnią art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp – jak wskazuje się w orzecznictwie - nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny. Rozszerzenie bowiem konkurencji nie jest celem w sposób bezwzględny najwyższym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Granicę dla rozszerzania konkurencyjności danego postępowania wyznaczają realne i obiektywne czynniki, mierzące zdolności wykonawcy w kontekście specyfiki i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Z tej zasady nie wynika obowiązek dostosowywania przez Zamawiającego wymagań określających warunki udziału w postępowaniu do warunków dostępnych konkretnemu wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia wskazanych przepisów Pzp, w tym art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Pzp nie podlegają uwzględnieniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy 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) [dalej: rozporządzenie].

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.