

WYROK
z dnia 7 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi, Trzeciewnica, ul. Powstańców Wkp. 13, 89-100 Nakło nad Notecią** w postępowaniu prowadzonym przez **Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Oddział Zachodniopomorski w Szczecinie, ul. Czarnieckiego 9, 70-221 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Żygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. zmianę ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w ten sposób, że albo udostępni wykonawcom Dokumentację Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M serii SA136 (DTR), Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 219M serii SA136 (WTWiO), Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219Ma serii SA136 (DSU) jako element opisu przedmiotu zamówienia albo zapewni, w treści ww. ogłoszenia i SIWZ, że udostępni ww. DTR, WTWiO, DSU wybranemu wykonawcy na etapie realizacji umowy.
- 1.2. zmianę ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez wykreślenie z sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z rozdziału III SIWZ, pkt 1., ppkt 1.1., lit. b, tiret pierwszy, następujących postanowień: „Wykonawca

ubiegający się o udzielenie zamówienia winien spełniać warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące:

b) posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że: zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie, tj.:

- Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwaną dalej DTR,

- Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwanymi dalej WTiWO,

- Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219Ma serii SA136, zwaną dalej WSU, wraz z zachowaniem wszelkich norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity Dz.U. 2013 poz. 1594 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 212 poz. 1771 ze zm.)."

- 1.3. zmianę ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez wykreślenie z sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z Rozdziału III SIWZ, pkt 1., ppkt 1.1., lit. b, tiret pierwszy, następujących postanowień:
„- oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji”.

2. kosztami postępowania obciąża **Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Oddział Zachodniopomorski w Szczecinie, ul. Czarnieckiego 9, 70-221 Szczecin** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi, Trzeciewnica, ul. Powstańców Wlkp. 13, 89-100 Nakło nad Notecią** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Przewozów Regionalnych Sp. z o.o. Oddział Zachodniopomorski w Szczecinie, ul. Czarnieckiego 9, 70-221 Szczecin** na rzecz wykonawcy **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi, Trzeciewnica, ul. Powstańców Wlkp. 13, 89-100 Nakło nad Notecią** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero

2

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt: KIO 1254/15

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „naprawę zestawów kołowych autobusów szynowych serii SA136”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 czerwca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 105-191827.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i zarazem poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- b) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu nieprzewidzianego w ustawie i zarazem warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców;
- c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zażądanie innego dokumentu niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, który to dokument nie jest i nie może być dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- d) z ostrożności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz z ostrożności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, oraz z ostrożności zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ oraz zamieścił zmianę SIWZ także na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
- c) zmienił ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o procedurze lub drogą niekompletnej sprostowania, elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie,
- d) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i zarazem poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, Odwołujący podał, że Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ (rozdział III SIWZ, pkt 1., ppkt 1.1., lit. b, tiret pierwszy) wskazał, że:

„ Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien spełniać warunki określone w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące: (...)

b) posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:

zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie, tj.:

- Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwaną dalej DTR,

- Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwanymi dalej WTiWO,

- Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219Ma serii SA136, zwaną dalej WSU, wraz z zachowaniem wszelkich norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity Dz. U. 2013 poz. 1594 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. 212 poz. 1771 ze zm.).”

Ponadto w Rozdziale II pkt 1, ppkt 1.2 Zamawiający wskazał, że:

„1.2 Zakres przedmiotowej naprawy zestawów kołowych w autobusach szynowych serii SA136 polegają na:

- a) wymiana kół monoblokowych na nowe koła monoblokowe,
- b) wymiana tarcz hamulcowych na nowe,
- c) rewizja maźnic zestawów kołowych,
- d) założenie opasek identyfikacyjnych,
- e) sprawdzenie stanu technicznego osi z badaniem defektoskopowym,
- f) wyważenie statyczne zestawów kołowych.

Wymienione czynności powinny zostać wykonane zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania oraz Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M i WToiN oraz z udziałem komisarzy odbiorczego spółki „Przewozy Regionalne” Sp. z o. o.” Analogiczne postanowienia zawiera Załącznik nr 4 do SIWZ — projekt umowy. Mianowicie w § 1 ust. 1 Zamawiający wskazał, że:

„1. Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do naprawy zestawów kołowych w 6

autobusach szynowych serii SA136 polegającej na:

- a) wymianie kół monoblokowych na nowe koła monoblokowe,
- b) wymianie na nowe tarcz hamulcowych
- c) rewizji maźnic zestawów kołowych
- d) założeniu opasek identyfikacyjnych,
- e) sprawdzeniu stanu technicznego osi z badaniem defektoskopowym,
- f) wyważeniu statycznym zestawów kołowych,
- g) Wymienione czynności powinny zostać wykonane zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania oraz Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M i WToiN oraz z udziałem komisarzy odbiorczego spółki „Przewozy Regionalne” Sp. z o. o.”

Zdaniem Odwołującego, w świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że

Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z:

- Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwaną dalej DTR,
- Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwanymi dalej WTWiO,
- Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwaną dalej DSU.

Z niezrozumiałych dla Odwołującego przyczyn Zamawiający formułując powyższe wymagania, ani nie załączył ww. DTR, WTWiO i DSU do SIWZ ani nie uczynił ich elementem opisu przedmiotu zamówienia. Co więcej, Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ {w Rozdziale III SIWZ, pkt 1., ppkt 1.1., lit. b) wskazał, że: „w celu

6

wykazania, że Wykonawca spełnia przedmiotowy warunek, Zamawiający żąda przedłożenia: — oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji.”

Odwołujący zauważył, że z powyższego wynika, iż obowiązek uzyskania ww. DTR, WTWiO i DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemnej zgody producenta pojazdów szynowych na wykorzystanie ww. DTR, WTWiO i DSU został przerzucony na wykonawców, a Zamawiający nie udostępnił ich wybranemu wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Co więcej, Zamawiający wymaga od wykonawców, aby to oni i to już na dzień składania ofert dysponowali albo ww. DTR, WTWiO i DSU wraz z prawem do ich wykorzystania, albo pisemną zgodą producenta pojazdów na wykorzystanie ww. DTR, WTWiO i DSU. Takiego sposobu opisanie przedmiotu zamówienia nie można uznać, zdaniem Odwołującego, za prawidłowy i zgodny z wymaganiami art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeżeli Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z ww. DTR, WTWiO i DSU, to jest oczywiste, w ocenie Odwołującego, że powinien załączyć je do SIWZ jako element opisu przedmiotu zamówienia, a przynajmniej zagwarantować wykonawcom, że ww. DTR, WTWiO i DSU zostaną im udostępnione na etapie realizacji zamówienia. Bez umożliwienia wykonawcom zapoznania się z ww. DTR, WTWiO i DSU nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Co więcej, zmuszanie wykonawców do nabycia ww. DTR, WTWiO i DSU wraz z prawem do ich wykorzystania albo do uzyskania pisemnej zgody producenta pojazdów na wykorzystanie ww. DTR, WTWiO i DSU w sposób drastyczny, zdaniem Odwołującego, narusza uczciwą konkurencję. Odwołujący zwrócił uwagę, że prawa autorskie do ww. DTR, WTWiO i DSU przysługują ich twórcy, czyli producentowi autobusów szynowych typu 219M serii SA136, tj. spółce Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Ww. podmiot nie ma żadnego obowiązku ani nawet interesu w udostępnianiu innym wykonawcom ww. DTR, WTWiO i DSU, gdyż samodzielnie ubiega się o zamówienia na napraw zestawów kołowych produkowanych przez siebie autobusów szynowych. Co więcej, w ocenie Odwołującego, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można przyjąć, iż ww. spółka będzie się ubiegać o udzielenie jej niniejszego zamówienia, gdyż regularnie ubiega się ona o zamówienia o podobnym przedmiocie. Tym bardziej zatem, za niedopuszczalne uznać

wykonawców wyłącznie od dobrej woli podmiotu trzeciego, tj. spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie już podkreślono, że sporządzenie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego i ma wpływ na złożenie oferty. Zaniechanie wystarczającego opisanie przedmiotu zamówienia, w szczególności odsyłanie wykonawców do informacji posiadanych przez inne podmioty stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Dostrzeżenia bowiem wymaga, zdaniem Odwołującego, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów, a nie informacji udostępnionych (lub nie) przez inne podmioty, wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji, które pomogą i ułatwią wykonawcy złożenie prawidłowej oferty odpowiadającej wszystkim zapisom SIWZ. Bez wątpienia powyższym wymaganiom nie czyni zadość, w ocenie Odwołującego, odesłanie wykonawców do podmiotu trzeciego, tj. spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. i przerzucenie na wykonawców obowiązku uzyskania od ww. spółki informacji i pozwoleń niezbędnych do złożenia oferty i wykonania zamówienia.

Powyższa negatywna ocena postępowania Zamawiającego, jak zauważył Odwołujący, znajduje oparcie w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w:

a) wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 2053/12, w którym podkreślono, iż: „nieuprawnione jest także działanie Zamawiającego, w którym przerzucał On na wykonawcę obowiązek uzyskania i powzięcia takich informacji na etapie wykonywania zamówienia. (...) Przy braku informacji co do okoliczności wpływających na zakres i koszty prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie można mówić o ich rzeczowej wycenie. (...) Wszelkie niezbędne informacje umożliwiające oszacowanie kosztu wykonania zamówienia powinien dostarczyć Zamawiający, ponieważ to On jest podmiotem odpowiadającym za opis przedmiotu zamówienia. Przerzucanie tego obowiązku na wykonawcę rodzić może duże trudności z uwagi na specyfikę rynku zamówień informatycznych i duża konkurencie wśród firm z tej branży.”

b) wyroku z dnia 6 listopada 2012 roku, sygn. akt: KIO 2288/12, w którym podkreślono, że: „nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, w którym przerzuca On na wykonawcę obowiązek uzyskania i powzięcia takich informacji i to na dodatek od innego wykonawcy. (...) Przy braku informacji co do okoliczności wpływających na zakres i koszty prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie można mówić o ich rzeczowej wycenie.”

Zapewnienie firmy zewnętrznej, że każdy z wykonawców, którzy będą chcieli wziąć udział w postępowaniu, otrzyma stosowną ofertę współpracy, określającą warunki cenowe niezbędne do skalkulowania własnej oferty, nie można uznać za prawidłowy opis przedmiotu zamówienia w rozumieniu przepisów ustawy pzp, czyniący zadość zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Również otrzymanie dokumentacji technicznej na etapie wykonywania umowy uzależniono od decyzji podmiotu zewnętrznego, który zamierza powyższe realizować na podstawie umowy o współpracę. Ustalenie takich zasad powoduje, iż możliwa jest sytuacja, w której to podmiot trzeci ustalał będzie krąg wykonawców, którzy będą mogli złożyć ofertę odpowiednio różnie kształtując warunki współpracy dla poszczególnych wykonawców. Ponadto rodzi to ogromną możliwość wpływania podmiotu trzeciego na cenę poszczególnych ofert przez określenie różnych warunków cenowych współpracy dla różnych wykonawców. W skrajnym przypadku może zdarzyć się tak, że zainteresowany wykonawca nie otrzyma niezbędnych informacji w czasie umożliwiającym mu rzetelne i prawidłowe sporządzenie oferty lub otrzymane warunki współpracy uniemożliwią mu złożenie konkurencyjnej cenowo oferty. Powyższe uznać należy za niedopuszczalne, ponieważ za opis przedmiotu zamówienia, który określać powinien wszystkie niezbędne warunki realizacji zamówienia odpowiada bowiem wyłącznie

Zamawiający. Z odpowiedzialności tej nie może się Zamawiający zwolnić odsyłając wykonawców zainteresowanych postępowaniem do podmiotu trzeciego, twórcy systemów, które u Zamawiającego funkcjonują i jednocześnie także podmiotu zainteresowanego wygraniem postępowania."

c) wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1207/12, w którym podkreślono, że nie można opisywać przedmiotu zamówienia bez zapewnienia elementarnych informacji i danych zapewniających jego wykonanie.

Nade wszystko, zdaniem Odwołującego, koronnym argumentem przeciwko zgodności przyjętego rozwiązania z ustawą jest to, że Zamawiający nie może wyręczać się ani cedować jego ustawowych obowiązków polegających na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, na wykonawcę. To Zamawiający ma obowiązek zapewnienia równych warunków ubiegania się o zamówienie, w tym udostępnienia opisu przedmiotu zamówienia (pełnego) darmowo, w tym samym czasie i na równych warunkach wszystkim wykonawcom. Obowiązek taki nie dotyczy natomiast z oczywistych względów spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Oddając w ręce ww. spółki decyzję i warunki udostępnienia elementów opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający narusza ewidentnie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Żaden wykonawca nie może mieć prawa wpływania na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie. Stanowi to o zaprzeczeniu istoty i kardynalnych zasad ustawy, stojących na straży konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Powyższe jednoznacznie potwierdza wyrok Sadu Okręgowego w Krakowie z dnia 19 czerwca 2012

9

roku, sygn. akt: XII Ga 183/12. w którym decydującym motywem rozstrzygnięcia było wskazanie, iż nie jest dopuszczalne, by firma trzecia wpływała na krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie.

W ocenie Odwołującego, dla zachowania uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu jest po prostu niezbędne, żeby Zamawiający albo udostępnił wykonawcom ww. DTR, WTiWiO i DSU jako element opisu przedmiotu zamówienia, albo przynajmniej zapewnił, że udostępni ww. DTR, WTiWiO i DSU wybranemu wykonawcy na etapie realizacji umowy. Ze względu na powyższe Odwołujący domagał się, aby Izba nakazała Zamawiającemu zmodyfikowanie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ we wskazany powyżej sposób. Ponadto Odwołujący domagał się, aby Izba nakazała Zamawiającemu zmodyfikowanie SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

usunięcie z sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z Rozdziału III SIWZ, pkt 1, ppkt 1.1., lit. b, tiret pierwszy, następujących postanowień:

a) „Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien spełniać warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące: (...)

b) posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:

— zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie, tj.:

— Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwaną dalej DTR,

— Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwanymi dalej WTiWO,

— Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219Ma serii SA136, zwaną dalej WSU, wraz z zachowaniem wszelkich norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity Dz. U. 2013 poz. 1594 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. 212 poz. 1771 ze zm.);

b) usunięcie z sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z Rozdziału III SIWZ, pkt 1, ppkt 1.1., lit. b., następujących postanowień:

— „oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji."

W uzasadnieniu powyższego żądania Odwołujący wskazuje za wyrokiem KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1549/12, że: „(...) opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i

obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 Pzp. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 7 ust 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp).” W ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający bez wątpienia nie uczynił zadość obowiązkom wynikającym z ww. przepisów.

Odnosnie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący zauważył, że użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Na powyższe wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Oprócz powołanego powyżej wyroku o sygn. akt: KIO 694/13, Odwołujący wskazał na wyrok KIO z 30 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO 2729/10, zgodnie z którym: „treść art. 29 ust 2 ustawy Pzp stanowi, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urządzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust 2 ustawy Pzp”.

W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, co zdaniem Odwołującego - uczynił. Tym samym zarzut naruszenia ww. artykułu, zdaniem Odwołującego, winien zostać uwzględniony, jak bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Bydgoszczy, sygn. akt: II Ca 693/05, „uprawdopodobnienie naruszenia art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust 2 ustawy należy uznać za wystarczające dla uznania zasadności tych zarzutów”.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu nieprzewidzianego w ustawie i zarazem warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, Odwołujący wskazał, że zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ (Rozdziale III SIWZ, pkt 1, ppkt 1.1., lit. b, tiret pierwszy) Zamawiający wskazał, że:

„Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien spełniać warunki określone w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące: (...)

b) posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:

— zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie, tj.:

— Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwaną dalej DTR,

— Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwanymi dalej WTWO,

— Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219Ma serii SA136, zwaną dalej DSU, wraz z zachowaniem wszelkich norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o Infrastrukturze z dnia 12 października 2005 r. w sprawie

warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 212 poz. 1771 ze zm.)". Ponadto, dalej w Rozdziale III SIWZ, pkt 1, ppkt 1.1., lit. b jak i w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że: „w celu wykazania, że Wykonawca spełnia przedmiotowy warunek, Zamawiający żąda przedłożenia:

— oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji.”

Zdaniem Odwołującego, z powyższych postanowień jasno wynika, że wymóg posiadania ww. DTR, WTiWO i DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo dysponowania pisemną zgodą producenta pojazdów na wykorzystanie ww. DTR, WTiWO i DSU stanowi warunek udziału w postępowaniu. Treść ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie pozostawia żadnych wątpliwości w tym zakresie.

Tymczasem jest oczywiste, w ocenie Odwołującego, że powyższy warunek udziału w postępowaniu w żaden sposób nie mieści się w ustawowym katalogu warunków udziału w postępowaniu, zawartym w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem w ww. przepisem o

12

udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W szczególności wymogu posiadania ww. Dokumentacji i Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru wraz z prawem do ich wykorzystania albo pisemnej zgody producenta pojazdów na wykorzystanie dokumentacji nie sposób uznać, zdaniem Odwołującego, za posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu nie budzi bowiem wątpliwości, że przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy różnego rodzaju koncesji, licencji czy zezwoleń, wydawanych przez organy administracji publicznej na prowadzenie działalności gospodarczej, a nie zgody prywatnego podmiotu na wykorzystanie jego utworu.

Ponadto, wbrew postanowieniom SIWZ, postawionego przez Zamawiającego wymagania nie sposób uznać za dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. To ostatnie bowiem nie ma nic wspólnego z posiadaniem określonych dokumentów czy praw do tych dokumentów. Jest oczywiste i nie budzi żadnych wątpliwości, ani w orzecznictwie ani w doktrynie, że wiedza i doświadczenie to określone cechy czy umiejętności posiadane przez dany podmiot, a nabyte przez niego w trakcie realizacji dostaw lub usług. Innymi słowy warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia z oczywistych względów może dotyczyć tylko i wyłącznie usług już wykonanych (względnie jeszcze wykonywanych), a nie usług, które stanowią przedmiot zamówienia i które dopiero będą wykonywane. Tymczasem tutaj kwestionowanym warunek został sformułowany niejako na przyszłość, dotyczy on bowiem tego, że wykonawca „zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie”. Tym samym, warunek ten w żaden sposób nie dotyczy doświadczenia wykonawcy, a wiąże się ściśle z realizacją przedmiotu zamówienia w razie udzielenia zamówienia danemu wykonawcy. Wadliwość kwestionowanego warunku jest tym większa, że jednocześnie Zamawiający sformułował prawidłowy warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, tj. wymaga od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, aby „zrealizował należycie naprawy zestawów monoblokowych na co najmniej dwóch pojazdach o wartości netto jednej naprawy nie mniejszej niż 120 tys. zł”.

Już tylko te okoliczności powodują, zdaniem Odwołującego, że kwestionowany warunek oceniać należy jako niedopuszczalny. Ustawa Pzp w art. 22 ust. 1 zawiera zamknięty katalog warunków udziału w postępowaniu, poza którym żadnemu

13

zamawiającemu nie wolno wykroczyć, czy to w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, czy też w wykazie oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że ww. warunek udziału w postępowaniu, dotyczący dysponowania DTR, WTWiO i DSU albo pisemną zgodą producenta na ich wykorzystanie, narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. O wadliwości i niedopuszczalności postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu rozstrzygają te same względy, co wskazane powyżej. Wymagając od wykonawców, i to na etapie składania ofert, aby posiadali ww. DTR, WTWiO i DSU wraz z prawem do ich wykorzystania albo pisemną zgodę producenta pojazdów na wykorzystanie ww. DTR, WTWiO i DSU, Zamawiający *de facto* prawo decydowania o tym, kto będzie mógł się ubiegać o przedmiotowe zamówienie, oddał w ręce spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. To ta spółka bowiem jest dysponentem ww. DTR, WTWiO i DSU, jak i wszelkich praw do nich. Jednocześnie wykonawcy nie mają żadnych instrumentów prawnych, aby zmusić spółkę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. do udostępnienia im ww. DTR, WTWiO i DSU, jak i praw do nich.

Odwołujący Podkreślił, że ww. DTR, WTWiO i DSU nie są powszechnie dostępne, przeciwnie, każdy zainteresowany nimi podmiot musi je nabyć bezpośrednio od spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Tymczasem, ww. Spółka nie ma żadnego interesu w udostępnianiu innym wykonawcom ww. DTR, WTWiO i DSU, gdyż samodzielnie ubiega się o zamówienia na naprawy zestawów kołowych produkowanych przez siebie autobusów szynowych. Co więcej, w ocenie Odwołującego, można z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością przyjąć, iż ww. Spółka będzie się ubiegać o udzielenie jej niniejszego zamówienia, a zatem będzie żywotnie zainteresowana pozbyciem się ewentualnej konkurencji.

Ze względu na powyższe Odwołujący domagał się, aby Izba nakazała Zamawiającemu zmodyfikowanie SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie ww. warunku udziału w postępowaniu, co powinno nastąpić poprzez:

a) usunięcie z sekcji 111.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z Rozdziału III SIWZ, pkt 1., ppkt 1.1., lit. b, tiret pierwszy, następujących postanowień:

„Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien spełniać warunki określone w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące: (...)

b) posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:

— zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie, tj.:

— Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwaną dalej DTR,

14

Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwanymi dalej WTiWO,

— Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219Ma serii SA136, zwaną dalej WSU, wraz z zachowaniem wszelkich norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity Dz. U. 2013 poz. 1594 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. 212 poz. 1771 ze zm.).”;

b) usunięcie z sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z Rozdziału III SIWZ, pkt 1, ppkt 1.1., lit. b., następujących postanowień:

— „oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji.”

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 138c ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zażądanie innego dokumentu niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, który to dokument nie jest i nie może być dokumentem potwierdzającym

spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący zauważył, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Rozdziale III SIWZ, pkt 1ppkt 1.1., *lit. b*, Zamawiający wskazał, że: „w celu wykazania, że Wykonawca spełnia przedmiotowy warunek, Zamawiający żąda przedłożenia: - oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji.”

Odwołujący podniósł, że powyższego oświadczenia, względnie zgody producenta, Zamawiający żąda na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. O niedopuszczalności żądania ww. oświadczenia, względnie zgody producenta, jako tzw. dokumentu podmiotowego przesądzą kwestie wskazane powyżej.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu może żądać od wykonawców tylko i wyłącznie dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) i nie wolno mu poza ten katalog

15

wykroczyć. Odwołujący podkreśla, że w ww. rozporządzeniu próżno szukać dokumentów żądanych przez Zamawiającego, tj. ww. oświadczenia wykonawcy, względnie zgody producenta. W rezultacie nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający nie jest uprawniony do żądania, ani ww. oświadczenia wykonawcy ani pisemnej zgody producenta, gdyż nie sposób ich uznać za dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jak to słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt: X Ga 163/2010: „*granice określone przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. co do dokumentów, jakich zamawiająca może żądać od wykonawców, są granicami, poza które zamawiająca nie mogła wykroczyć - nie mogła żądać niczego więcej, niż wskazywało to przywołane rozporządzenie, bowiem katalog ten ma charakter zamknięty*”

Zdaniem Odwołującego, nie jest też żadnym argumentem w sprawie to, że Zamawiający jest zamawiającym sektorowym, a niniejszej postępowanie dotyczy zamówienia sektorowego. Wprawdzie art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający sektorowy może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, ale po pierwsze, mogą to być wyłącznie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, po drugie natomiast Zamawiający może ich żądać tylko, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków. Tymczasem, wymóg dotyczący realizacji usług, stanowiących przedmiot zamówienia zgodnie z ww. DTR, WTiWO i DSU, w ogóle nie dotyczy wiedzy i doświadczenia wykonawcy i w żaden sposób nie mieści się w zakresie warunku sformułowanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest bowiem wymogiem nakierowanym na przyszłość, tj. dotyczy tego, jak przedmiotowe zamówienie ma zostać zrealizowane. Nie można przyjąć przy tym, że zamawiający sektorowi mogą formułować inne warunki udziału w postępowaniu inne niż warunki wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawa daje im tylko i wyłącznie prawo żądania przedstawienia innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, natomiast wciąż muszą to być dokumenty potwierdzające spełnianie warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem żądane przez Zamawiającego ww. oświadczenie wykonawcy lub pisemna zgoda producenta w żaden sposób nie potwierdzają i nie mogą potwierdzać spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, dla zachowania uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu jest po prostu niezbędne, żeby Zamawiający zrezygnował z żądania od wykonawców zarówno ww. oświadczenia wykonawcy, jak i pisemnej zgody producenta.

Ze względu na powyższe Odwołujący domagał się, aby Izba nakazała Zamawiającemu zmodyfikowanie SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie żądania ww. oświadczenia wykonawcy i pisemnej zgody producenta, co powinno nastąpić

16

poprzez usunięcie z Sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z Rozdziału III SMWZ, pkt 1, ppkt 1.1., lit. b, następujących postanowień: „ - oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji”.

Odnosnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, oraz odnośnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, Odwołujący zauważył, że stawia powyższe zarzuty wyłącznie z ostrożności, na wypadek, gdyby w ocenie Izby pozostałe zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wreszcie, zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Przystępującego, Zamawiający wymagając, aby wykonawca zrealizował usługi stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie z ww. DTR, WTiWiO i DSU, stawiając w tym zakresie warunek udziału w postępowaniu oraz żądając na potwierdzenie jego spełniania „oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji”, naruszył wszystkie ww. przepisy ustawy. O powyższym przesądzają następujące względy.

W Rozdziale II pkt 1, ppkt 1.2 Zamawiający określił przedmiot zamówienia w następujący sposób:

17

„1.2 Zakres przedmiotowej naprawy zestawów kołowych w autobusach szynowych serii SA136 polegają na:

- a) wymiana kół monoblokowych na nowe koła monoblokowe,
- b) wymiana tarcz hamulcowych na nowe,
- c) rewizja maźnic zestawów kołowych,
- d) założenie opasek identyfikacyjnych,
- e) sprawdzenie stanu technicznego osi z badaniem defektoskopowym,
- f) wyważenie statyczne zestawów kołowych.

Wymienione czynności powinny zostać wykonane zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania oraz Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M i WTiWiO oraz z udziałem komisarzy odbiorczego spółki „Przewozy Regionalne” Sp. z o. o.”

Odwołujący wskazał i podkreślił, że wszystkie ww. czynności stanowią czynności wykonywane w ramach odpowiednio Poziomu 4 albo Poziomu 5 utrzymania pojazdów kolejowych, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 ze zm.). Zgodnie z § 2 pkt 1 ww. rozporządzenia poziom utrzymania pojazdu kolejowego to zestawienie czynności utrzymaniowych wykonywanych dla danego pojazdu kolejowego określone zakresem tych prac. Natomiast w § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia wskazano, że poziomy utrzymania pojazdów kolejowych określa załącznik nr 3 do rozporządzenia. Wreszcie zgodnie z załącznikiem nr 3 do ww. rozporządzenia:

a) „Poziom 4 obejmuje: „Czynności wykonywane z zakresu utrzymania naprawczego wykonywane w zakładach posiadających zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe” i następujący ramowy zakres prac: „1. Szczegółowe sprawdzenie stanu technicznego przewidzianych w dokumentacji podzespołów i zespołów połączone z ich demontażem z pojazdu kolejowego.

2. Planowe wymiany podzespołów i zespołów.

3. Naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach ”

b) Poziom 5 obejmuje: „Czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta” i następujący ramowy zakres prac: „1. Demontaż zespołów i podzespołów z pojazdów kolejowych i ich wymiana na nowe lub zregenerowane.

4. Modyfikacje nadwozi pojazdów kolejowych i układów biegowych.”

Zdaniem Odwołującego, powyższe wskazuje, że czynności wchodzące w zakres przedmiotu niniejszego zamówienia (wymiany, rewizja, sprawdzenie) są objęte zakresem czynności wykonywanych odpowiednio w ramach Poziomu 4 albo Poziomu 5 utrzymania pojazdów kolejowych. Ma to zasadnicze znaczenie, bowiem zgodnie z § 8 ww.

18

rozporządzenia przewoźnicy kolejowi, zarządcy infrastruktury, użytkownicy bocznic kolejowych, przedsiębiorcy wykonujący przewozy w obrębie bocznic kolejowej powinni prowadzić dokumentację związaną z procesem utrzymania pojazdów kolejowych oraz zapewniać zgodność procesu utrzymania, czyli właśnie czynności utrzymaniowych, z wymaganiami zawartymi w dokumentacji systemu utrzymania.

Powyższy przepis statuuje zatem dwa różne obowiązki: po pierwsze, obowiązek prowadzenia dokumentacji związanej z procesem utrzymania pojazdów kolejowych, który nie dotyczy wykonawcy przedmiotowego zamówienia i nie ma związku z przedmiotowym zamówieniem, oraz obowiązek zapewnienia zgodności procesu utrzymania (czynności utrzymaniowych) z wymaganiami zawartymi w dokumentacji systemu utrzymania, który ma ścisły związek z przedmiotowym zamówieniem. Innymi słowy zgodnie z ww. przepisem Zamawiający musi zapewnić, aby wykonawca przedmiotowego zamówienia wykonał je zgodnie z wymaganiami zawartymi w Dokumentacji Systemu Utrzymania. Natomiast ww. przepis nic nie mówi o konieczności zapewnienia zgodności procesu utrzymania (czynności utrzymaniowych) z wymaganiami zawartymi w ww. DTR czy WTWiO.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że § 6 ww. rozporządzenia stanowi, iż utrzymanie pojazdów kolejowych powinno być wykonywane przez podmioty posiadające

techniczne oraz warunki organizacyjne wykwalifikowanych

pracowników, zaplecze

gwarantujące prawidłowe wykonywanie prac określonych w dokumentacji systemu utrzymania. Znowu, zatem przepis rozporządzenia wskazuje na konieczność przestrzegania postanowień Dokumentacji Systemu Utrzymania, natomiast nic nie mówi o konieczności zapewnienia zgodności procesu utrzymania (czynności utrzymaniowych) z wymaganiami zawartymi w ww. DTR i WTWiO. Powyższe jest zresztą oczywiste, jeżeli uwzględni się, że zgodnie z § 13 ust. 1 ww. rozporządzenia DSU powinna zawierać następujące dokumenty niezbędne do zarządzania utrzymaniem i utrzymania pojazdu kolejowego:

„1) opis funkcjonalny pojazdu z podziałem na jego elementy składowe w procesie utrzymania;

2) dokumentację zawierającą:

a) opisy czynności przeglądowych i naprawczych, instrukcje demontażu lub montażu.

b) zestawienie parametrów mierzonych w procesie przeglądu lub naprawy i opisy metod pomiarowych.

c) wzory kart pomiarowych z wykazem wartości konstrukcyjnych, ponaprawczych i kresowych parametrów dla zespołów, podzespołów i elementów pojazdu.

d) wykazy urządzeń i narzędzi specjalistycznych.

e) wykazy testów wykonywanych w trakcie utrzymania.

f) wymagania dotyczące kwalifikacji pracowników oraz wymagania szczególne w zakresie czynności spawania i badań nieniszczących:

19

3) ograniczenia związane z bezpieczeństwem i interoperacyjnością dla podzespołów lub

części istotnych dla bezpieczeństwa i interoperacyjność, określające limity, których nie można przekroczyć w czasie eksploatacji, łącznie z eksploatacją w trybie awaryjnym;
4) wykaz podzespołów objętych dozorem technicznym."

Widać zatem, zdaniem Odwołującego, że to właśnie DSU zawiera kompleksowe i wyczerpujące informacje na temat sposobu wykonywania czynności w ramach poszczególnych poziomów utrzymania, a zatem znajomość DSU będzie całkowicie wystarczająca dla wykonania przedmiotowego zamówienia. Powyższe znajduje dodatkowe potwierdzenie w przepisie § 17 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym: „1. Przewoźnik kolejowy, zarządca infrastruktury lub użytkownik bocznic kolejowej występują do Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z wnioskiem o zatwierdzenie dokumentacji systemu utrzymania pojazdów kolejowych, dołączając do tego wniosku oświadczenie o zgodności tej dokumentacji z wymaganiami określonymi w dokumentacji technicznej pojazdów kolejowych oraz w przepisach, o których mowa w § 3. 2. Prezes Urzędu Transportu Kolejowego zatwierdza dokumentację systemu utrzymania pojazdów kolejowych po stwierdzeniu spełnienia wymagań, o których mowa w ust. 1."

Z powyższego jasno wynika, w ocenie Odwołującego, że DSU musi być zgodna z dokumentacją techniczną, którą zgodnie z § 11 ust. 1 ww. rozporządzenia zawiera m.in. DTR i WTWiO. Tym samym wykonawca przedmiotowego zamówienia wcale nie potrzebuje dla jego prawidłowej realizacji dostępu do WTWiO i DTR ani prawa do ich wykorzystania, całkowicie wystarczający jest dostęp i prawo wykorzystania DSU. Uznać zatem trzeba, zdaniem Odwołującego, że odwoływanie się przez Zamawiającego do innej dokumentacji niż DSU i stawianie wymogów dotyczących innej dokumentacji niż DSU nie ma żadnych podstaw, a jest wręcz sprzeczne z powołanymi powyżej przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Z tego względu kwestionowane w odwołaniu postępowanie Zamawiającego oceniać należy jako sformułowanie warunku, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ponadto jako opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który niewątpliwie utrudnia uczciwą konkurencję.

Co więcej, wymaganie od wykonawcy, aby oświadczył, że posiada on nie tylko ww. DSU, lecz również ww. DTR i WTWiO wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji, jest żądaniem dokumentu, który nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania. Jeżeli w ogóle przyjąć, że to wykonawca ma pozyskać ww. DSU albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie ww. DSU, to

20

Zamawiający powinien żądać oświadczenia albo zgody dotyczącej tylko i wyłącznie ww. DSU, gdyż to ww. DSU jest całkowicie wystarczająca do wykonania przedmiotowego zamówienia, natomiast ww. WTWiO i DTR nie będą wykonawcy przedmiotowego zamówienia w ogóle potrzebne.

Odwołujący podkreślił również, że formułując we wskazany powyżej sposób opis przedmiotu zamówienia, warunek udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny spełniania warunku Zamawiający naraża wykonawców na dodatkowe niepotrzebne koszty, gdyż jest oczywiste, że za uzyskanie wymaganego dostępu do ww. DSU, DTR i WTWiO będą musieli zapłacić więcej niż za uzyskanie wymaganego dostępu wyłącznie do ww. DSU.

Ze względu na powyższe Odwołujący domagał się, aby w razie uznania przez Izbę, że pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, Izba nakazała Zamawiającemu zmodyfikowanie SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

a) usunięcie z sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z Rozdziału III SIWZ, pkt 1., ppkt 1.1., lit. b, tiret pierwszy, następujących postanowień:

„ Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien spełniać warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące: (...)

b) posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:

— zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie, tj.:

— Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwaną dalej DTR,

— Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 219M serii SA136, zwanymi dalej WTiWO,
— Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219Ma serii SA136, zwaną dalej WSU, wraz z zachowaniem wszelkich norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity Dz. U. 2013 poz. 1594 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. 212 poz. 1771 ze zm.)."

i zastąpienie ich następującymi postanowieniami:
„Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien spełniać warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące: (...)
b) posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:
— zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie, tj.:

21

— Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219Ma serii SA136, zwaną dalej DSU, wraz z zachowaniem wszelkich norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity Dz. U. 2013 poz. 1594 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. 212 poz. 1771 ze zm.).";

b) usunięcie z sekcji 111.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz z Rozdziału 111 SIWZ, pkt 1, ppkt 1.1., lit. b., następujących postanowień:
„oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DTR, WTiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji."

i zastąpienie ich następującymi postanowieniami:
„oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisaną dokumentację autobusu szynowego typu 219M serii SA136, tj. DSU wraz z prawem do jej wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tej dokumentacji."

c) usunięcie z Rozdziału II pkt 1, ppkt 1.2 następujących postanowień:
„1.2 Zakres przedmiotowej naprawy zestawów kołowych w autobusach szynowych serii SA136 polegają na:
a) wymiana kół monoblokowych na nowe koła monoblokowe,
b) wymiana tarcz hamulcowych na nowe,
c) rewizja maźnic zestawów kołowych,
d) założenie opasek identyfikacyjnych,
e) sprawdzenie stanu technicznego osi z badaniem defektoskopowym,
f) wyważenie statyczne zestawów kołowych.
Wymienione czynności powinny zostać wykonane zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania oraz Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M i WTiWiN oraz z udziałem komisarzy odbiorczego spółki „Przewozy Regionalne” Sp. z o. o.”

i zastąpienie ich następującymi postanowieniami:
„1.2 Zakres przedmiotowej naprawy zestawów kołowych w autobusach szynowych serii SA136 polegają na:
a) wymiana kół monoblokowych na nowe koła monoblokowe,
b) wymiana tarcz hamulcowych na nowe,
c) rewizja maźnic zestawów kołowych,

22

d) założenie opasek identyfikacyjnych,
e) sprawdzenie stanu technicznego osi z badaniem defektoskopowym,
f) wyważenie statyczne zestawów kołowych.

Wymienione czynności powinny zostać wykonane zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219M oraz z udziałem komisarza odbiorczego spółki „Przewozy Regionalne” Sp. z o. o.”

d) usunięcie z Załącznika nr 4 do SIWZ — projekt umowy, § 1 ust. 1 następujących postanowień:

„1. Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do naprawy zestawów kołowych w 6 autobusach szynowych serii SA136 polegającej na:

- a) wymianie kół monoblokowych na nowe koła monoblokowe,
- b) wymianie na nowe tarcz hamulcowych
- c) rewizji maźnic zestawów kołowych
- d) założeniu opasek identyfikacyjnych,
- e) sprawdzeniu stanu technicznego osi z badaniem defektoskopowym,
- f) wyważeniu statycznym zestawów kołowych,

a) Wymienione czynności powinny zostać wykonane zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania oraz Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 219M i WTOiN oraz z udziałem komisarza odbiorczego spółki „Przewozy Regionalne” Sp. z o. o.” i zastąpienie ich następującymi postanowieniami:

„1. Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do naprawy zestawów kołowych w 6 autobusach szynowych serii SA136 polegającej na:

- a) wymianie kół monoblokowych na nowe koła monoblokowe,
- b) wymianie na nowe tarcz hamulcowych
- c) rewizji maźnic zestawów kołowych
- d) założeniu opasek identyfikacyjnych,
- e) sprawdzeniu stanu technicznego osi z badaniem defektoskopowym,
- f) wyważeniu statycznym zestawów kołowych,

g) Wymienione czynności powinny zostać wykonane zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 219M oraz z udziałem komisarza odbiorczego spółki „Przewozy Regionalne” Sp. z o. o.”

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący przedłożył pismo procesowe z dnia 29 czerwca 2015 r., wnosząc o oddalenie odwołania.

23

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Treść kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie była sporna między stronami. Przytoczona została wyżej jako element treści odwołania, zbędne więc byłoby jej powtarzanie w tej części uzasadnienia wyroku, jakkolwiek zaznaczyć należy, iż rozważania prawne zostały uczynione na kanwie przedmiotowych postanowień.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie przeglądu PU3-1 w autobusie szynowym SA133-002”, prowadzonym przez Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Podlaski Zakład Przewozów Regionalnych w Białymstoku (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 października 2013 r. pod numerem 2013/S 199-344905) warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie przez wykonawcę, „ *iż posiada Dokumentację Systemu Utrzymania Autobusu Szynowego i Dokumentację Techniczno-Ruchową Autobusu Szynowego wraz z prawem do korzystania z tej dokumentacji*”. Jedyną ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która jednocześnie została wybrana jako najkorzystniejsza, złożył Przystępujący.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie przeglądu PU3-1 w autobusie szynowym SA134-0011, SA134-012, SA134-013, SA134-014”, prowadzonym przez Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Opolski Zakład Przewozów Regionalnych w Opolu (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 kwietnia 2013 r. pod numerem 2013/S 076-128019) postawiono wymóg przedłożenia wraz z ofertą „ *oświadczenia o posiadaniu „Dokumentacji Systemu Utrzymania Autobusu Szynowego 3SA134 typu 218Md oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Autobusu Szynowego 3SA134 typu 218Md wraz z prawem do ich*

wykorzystania". Jedyną ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która jednocześnie została wybrana jako najkorzystniejsza, złożył Przystępujący.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*wykonanie częściowego zakresu przeglądu okresowego PU3-1 w autobusach szynowych dwuczłonowych typu: 218Md serii SA134, o nr 015, 016, 017 i 018*”, prowadzonym przez Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Oddział Lubelski z siedzibą w Lublinie (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lipca 2014 r. pod numerem 2014/S 126-225603) warunek udziału w postępowaniu był następujący: „*dostęp do DSU nr 218Md-K0130-3 z września 2013 oraz DTR nr 218Md 0159-2 dla pojazdów SA134 015-019 Wykonawca zapewnia we własnym zakresie. W związku z tym, że pojazdy znajdują się w okresie gwarancyjnym, Wykonawca musi posiadać autoryzację producenta (gwaranta)*”

24

pojazdów na wykonywanie przeglądów.” Jedyną ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która jednocześnie została wybrana jako najkorzystniejsza, złożył Przystępujący.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*wykonywanie przeglądów technicznych PU3 autobusów szynowych*”, prowadzonym przez Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 249-437856), wymogiem Zamawiającego było załączenie przez wykonawcę do oferty zgody producenta pojazdów na wykonanie obsługi technicznej autobusów szynowych oraz zgody producenta silnika spalinowego oraz przekładni głównej na wykonanie przeglądów silników oraz przekładni głównej. Jedyną ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył Przystępujący.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*naprawę rewizyjną oraz modernizację autobusów szynowych*”, prowadzonym przez Województwo Podkarpackie (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2014 r. pod numerem 2014/S 018-027982), wymogiem Zamawiającego było załączenie przez wykonawcę do oferty zgody producenta pojazdów na wykorzystanie dokumentacji. Jedyną ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która jednocześnie została uznana za najkorzystniejszą, złożył Przystępujący.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*modernizację autobusów szynowych serii SA134 oraz SA135*”, prowadzonym przez Województwo Podkarpackie (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 października 2013 r. pod numerem 427452-2013) Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu: „*Wykonawca, którego oferta została wybrana najpóźniej w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przedłoży zamawiającemu pisemną zgodę producenta autobusów szynowych tj. Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A., upoważniającą do wykonywania modernizacji autobusów szynowych produkcji ZNTK „Mińsk Mazowiecki” S.A.*”. Jedyną ofertę w przedmiotowym postępowaniu (na obie części zamówienia), która jednocześnie została uznana za najkorzystniejszą, złożył Przystępujący. Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. od 2008 r. są częścią grupy kapitałowej PESA. Przystępujący jest właścicielem Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. Powyższe ustalono na podstawie informacji zawartych na stronach internetowych <http://www.zntkmm.pl> oraz <http://www.pesa.pl> (zrzut z ekranu wykonany w dniu 25 czerwca 2015 r., przedłożony na rozprawie przez Odwołującego).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*czynności przeglądu czwartego poziomu utrzymania PU4 (naprawa rewizyjna) trzech autobusów szynowych typu 214Ma serii SA103*”, prowadzonym przez Zamawiającego (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 czerwca 2014 r. pod

25

numerem 2014/S 112-197577) Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu: „*posiadania wiedzy i doświadczenia – warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:*

- *zrealizuje przedmiotowe usługi zgodnie z niżej wymienionymi dokumentacjami łącznie, tj.:*
- *Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusu szynowego typu 214Ma serii SA103, zwaną dalej DTR,*

- *Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru autobusu szynowego typu 214Ma serii SA103, zwanymi dalej WTWiWO,*
- *Dokumentacją Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 214Ma serii SA103, tj. DSU214 Ma0130-3 z 9.2009 r., zwaną dalej DSU, wraz z zachowaniem wszelkich norm bezpieczeństwa wynikających z ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity Dz. U. 2013 poz. 1594 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. 212 poz. 1771 ze zm.).*
Ponadto Zamawiający wskazał, że: „w celu wykazania, że Wykonawca spełnia przedmiotowy warunek, Zamawiający żąda przedłożenia:
- oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on wyżej opisane dokumentacje autobusu szynowego typu 214Ma serii SA103, tj. DTR, WTWiWO oraz DSU wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta przedmiotowych pojazdów szynowych na wykorzystanie tych dokumentacji.” W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli Przystępujący i wykonawca GBM Gleisbaumechanik Brandenburg/H. GmbH, który został wykluczony z przedmiotowego postępowania. Jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę złożoną przez Przystępującego.

Powyższe ustalenia zostały dokonane na podstawie oświadczenia pełnomocnika Odwołującego zawartego w dokumencie pn.: „Zestawienie postępowań z dyskryminującymi warunkami”, które nie było kwestionowane co do treści tam zawartych przez Zamawiającego i Przystępującego, a jego wiarygodność nie budziła wątpliwości Izby oraz informacji o wyniku postępowania (stanowiących załączniki do powołanego dokumentu).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę przeglądu P3 autobusów szynowych”, prowadzonym przez „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego, znak: MVZ3-205-28-2015) Zamawiający wskazał, że Dokumentacja Systemu Utrzymania autobusu szynowego typu 214Mb „znajduje się w posiadaniu Zamawiającego i będzie udostępniona na wniosek Wykonawcy” (ogłoszenie o

26

zamówieniu). W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli Przystępujący i Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie obsługi technicznej poziomów utrzymania P3 i P4 pojazdów kolejowych będących w posiadaniu Spółki Koleje Dolnośląskie S.A.” prowadzonym przez Koleje Dolnośląskie S.A. (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2014 r. pod numerem 2014/S 245-432944) Zamawiający wskazał, że „dokumentacje systemu utrzymania stanowią załącznik do niniejszej SIWZ” (sekcja VII pkt 2 SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania I oferty złożyło trzech wykonawców, w tym Przystępujący i Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Zaś, w ramach zadania II oferty złożyło czterech wykonawców, w tym Przystępujący i Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie wymiany kół monoblokowych na autobusach szynowych serii SA132, SA134”, prowadzonym przez Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego, znak: KW-P-13/2014) Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia został opisany m.in. w załączniku nr 7 do SIWZ, tj. w Dokumentacji Systemu Utrzymania (rozdział 3. pkt 1 SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli Przystępujący i Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie wymiany kół monoblokowych na autobusach szynowych serii SA132, SA134”, prowadzonym przez Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego, znak: KW-P-57/2013) Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia został opisany m.in. w załączniku nr 7 do SIWZ, tj. w Dokumentacji Systemu Utrzymania (rozdział 3. pkt 1 SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył Przystępujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wymianę kół

monoblokowych w 6 zestawach kołowych (4 napędnych i 2 tocznych, w tym 2 zestawy toczne z tarczami hamulcowymi zamontowanymi na kołach) ze spalinowych pojazdów trakcyjnych SA 132”, prowadzonym przez „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. Oddział Pomorski z siedzibą w Gdyni (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2013 r. pod numerem 2013/S 221-385690) Zamawiający wskazał, że zakres prac dla każdego z zadań obejmuje m.in. „przetoczenie zarysu do wymiaru zgodnego z rysunkiem technicznym – wymiary konstrukcyjne po przetoczeniu – wg załączonych kart pomiarowych dla P4 i P5” (rozdział II pkt 1 ppkt 2 SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania 1. oferty złożyli Przystępujący i

27

Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Analogicznie w ramach zadania 2.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wymianę kół monoblokowych oraz tarcz hamulcowych w 2 zestawach kołowych napędnych i w 2 zestawach kołowych tocznych z autobusu szynowego SA 103-006”, prowadzonym przez „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. Oddział Pomorski z siedzibą w Gdyni (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2012 r. pod numerem 2012/S 68-12556) Zamawiający wskazał, że zakres prac dla każdego z zadań obejmuje m.in. „przetoczenie zarysu do wymiaru zgodnego z rysunkiem technicznym – wymiary konstrukcyjne po przetoczeniu – wg załączonych kart pomiarowych dla PU4 i PU5- załącznik 1 i 2 do przedmiotu zamówienia” (rozdział II pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli Przystępujący i Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wymianę kół monoblokowych w pojeździe SA 103-004”, prowadzonym przez „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. Opolski Zakład Przewozów Regionalnych w Opolu (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2012 r. pod numerem 2012/S 216-356691) Zamawiający wskazał, że dokumentacja konstrukcyjna oraz systemu utrzymania autobusu szynowego SA103-004 jest do wglądu u Zamawiającego (rozdział II pkt 3 SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli Przystępujący i Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe ustalenia zostały dokonane na podstawie oświadczenia pełnomocnika Odwołującego, zawartego w dokumencie pn.: „Zestawienie postępowań bez dyskryminujących warunków”, które nie było kwestionowane co do treści tam zawartych przez Zamawiającego i Przystępującego, a jego wiarygodność nie budziła wątpliwości Izby oraz informacji o wyniku postępowania (stanowiących załączniki do powołanego dokumentu).

W postępowaniu prowadzonym przez „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. Oddział Opolski z siedzibą w Opolu na wykonanie prac 3 poziomu utrzymania (P3) dla autobusu szynowego SA137-003 typ 220 M oraz autobusu SA137 – 004 typ 220 M jedyną ofertę złożył wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu i ta oferta została uznana za najkorzystniejszą (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 maja 2014 r.). Zgodnie z niekwestionowanym oświadczeniem złożonym przez pełnomocnika Odwołującego, w warunkach braku udostępnienia przez wskazanego Zamawiającego dokumentacji dotyczącej ww. autobusu jedyną ofertę, uznaną za najkorzystniejszą, złożył producent autobusów szynowych.

28

Nadto Izba ustaliła, że Odwołujący zwracał się do Przystępującego o udostępnienie DSU i DTR, dotyczącej autobusu szynowego typu 214Ma serii SA103 o nr 005 i 007, która jak wskazywał, jest niezbędna do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (pismo z dnia 9 maja i 14 maja 2014 r.).

Pismami z dnia 17 i 26 czerwca 2014 r. Odwołujący zwracał się do Przystępującego o udostępnienie DTR, DSU i WTWiO, dotyczącej autobusu szynowego typu 214Ma serii SA 103, w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego. W odpowiedzi (pismo z dnia 1 lipca 2014 r.) Przystępujący wskazał, że

deklaruje gotowość udostępnienia dokumentacji na szczegółowo uzgodnionych warunkach. W tym celu zaproponował spotkanie w 29 tygodniu br. (między 14 a 18 lipca) i wskazał na konieczność kontaktu odnośnie uzgodnienia konkretnego terminu rozmów. Odwołujący potwierdził, że we wskazanym tygodniu możliwe jest spotkanie i zawnioskował o podanie konkretnej daty i miejsca spotkania (pismo z dnia 10 lipca 2014 r.). W odpowiedzi Przystępujący zaproponował termin 14 lipca 2014 r. (pismo z dnia 11 lipca 2014 r.).

Pismem z dnia 22 lipca 2014 r. Odwołujący zwrócił się do Przystępującego z wnioskiem o udostępnienie DTR i DSU, dotyczącej autobusu szynowego typu 214Ma serii 103-004, w związku z prowadzonym przez Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Oddział Opolski postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W odpowiedzi (pismo z dnia 28 lipca 2014 r.) Przystępujący zaproponował spotkanie w dniu 11 sierpnia 2014 r.

Pismem z dnia 11 czerwca 2015 r. (wpływ do Przystępującego w dniu 15 czerwca 2015 r.) Odwołujący zwrócił się do Przystępującego z wnioskiem o udostępnienie DTR, DSU i WTWiO, dotyczącej autobusu szynowego typu 219M serii SA136, w związku z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Odwołujący zwrócił się z prośbą „o przygotowanie warunków, propozycji zasad na jakich są w stanie Państwo udostępnić dokumentację. Nadmieniam, iż na spotkaniu w roku ubiegłym obiecali Państwo przesłać propozycję umowy udostępnienia wymienionych dokumentów. Jednak do tej pory żadna propozycja do nas nie dotarła.” W odpowiedzi (pismo z dnia 18 czerwca 2015 r.) Przystępujący poinformował, że w związku z nieobecnością „osób decyzyjnych w negocjacjach” spotkanie odbędzie się w dniu 26 czerwca 2015 r. Odwołujący (wiadomość elektroniczna z dnia 24 czerwca 2015 r.) poinformował Przystępującego o warunku postawionym przez Zamawiającego w powołanym postępowaniu, zwracając się z prośbą „o sporządzenie umowy, która uwzględni Państwa warunki handlowe obejmujące wszystkie koszty związane z jej wypożyczeniem, udostępnieniem, czy zasadami jej wykorzystania spełniająca jednocześnie warunek Zamawiającego.” Z notatki ze spotkania, które odbyło się w dniu 26 czerwca 2015 r. wynika, według oświadczenia Przystępującego, że chce on sprzedać dokumentację, ale nie wie, za jaką cenę. Strony uzgodniły, że oferta zostanie przygotowana przez Przystępującego i

29

przekazana Odwołującemu do dnia 29 czerwca 2015 r. do godz. 12.00. Odwołujący w dniu 29 czerwca 2015 r., po upływie wyznaczonego terminu do przedłożenia oferty przez Przystępującego, zwrócił się do Przystępującego z kolejnym wnioskiem w przedmiotowej sprawie (wiadomość elektroniczna z dnia 29 czerwca 2015 r.). W odpowiedzi (pismo z dnia 29 czerwca 2015 r.) Przystępujący podał, *„że kwestia udostępnienia dokumentacji technicznej pojazdów o napędzie spalinowym typu 219M serii SA136, nie była dotąd przez nas procedowana. Dlatego też chcąc przygotować w sposób należyty ofertę dla państwa, uprzejmie prosimy o doprecyzowania, jakiego rodzaju oferty oczekują Państwo od naszej Spółki tj. jakiego rodzaju praw i w jakim zakresie, albowiem nie wynika to ani z państwa wiadomości e-mail z dnia 24.06.2015 r., ani też nie zostało jasno przez Państwa określone na wspomnianym spotkaniu. Brak tych informacji utrudnia nam przygotowanie oferty. Nadmieniamy też, że biorąc pod uwagę konieczność wyceny ewentualnych praw, wyznaczony przez Państwa 10-dniowy termin na przedstawienie oferty może nie być dotrzymany.”*

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z opracowania pt.: *„Obowiązek posiadania dokumentacji systemu utrzymania przez podmiot eksploatujący pojazd kolejowy”*, zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu Transportu Kolejowego pod adresem <http://www.utk.gov.pl/> oraz wyciągu z dokumentacji DSU, autobusów szynowych, których dotyczy przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Rzeczone dowody miałyby ewentualnie jakieś znaczenie w sytuacji rozstrzygnięcia o zarzutach sformułowanych przez Odwołującego jako ewentualne, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, które podlega rozpoznaniu, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać.

Mając na względzie stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, w ocenie Izby przyjąć należy, że Odwołujący jest podmiotem, który

30

ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym aktualnym stanie prawnym należy bowiem przyjmować, że jakkolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot, także niebędący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczającym jest wykazywanie, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku w pozbawieniu go możliwości złożenia oferty wobec sformułowania przez Zamawiającego postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w taki sposób, iż jego udział w postępowaniu zależy w istocie od woli Przystępującego, w sposób oczywisty wykazał możliwość poniesienia szkody.

Stanowisko Przystępującego zaprezentowane w piśmie procesowym z dnia 29 czerwca 2015 r. w istocie potwierdza, że Odwołujący w aktualnych warunkach nie może złożyć oferty, bowiem prawami autorskimi do dokumentacji niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia dysponuje Przystępujący a nie Odwołujący i z tych przyczyn Odwołujący nie może złożyć oświadczeń, co do określonych okoliczności z tym związanych, a w konsekwencji oferty.

31

Nie można jednakże pomijać, jak chciałby tego Przystępujący, że wskazany stan rzeczy winien skutkować stwierdzeniem pod stronie Odwołującego braku uprawnienia do wniesienia odwołania. Wręcz przeciwnie, wskazane okoliczności w powiązaniu z postulatami (żądaniemi) Odwołującego wyartykułowanymi w treści odwołania świadczą, iż czynności Odwołującego zmierzają do odwrócenia niekorzystnego dla niego stanu rzeczy, który mógłby spowodować po jego stronie powstanie uszczerbku w postaci uniemożliwienia Odwołującemu wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zwrócić należy uwagę, że stanowisko Przystępującego jest nie do zaakceptowania co do zasady również i z tej przyczyny, iż nie można odmówić wykonawcy legitymacji czynnej

do wniesienia odwołania w sytuacji, w której na dzień składania odwołania nie ma możliwości złożenia oferty z powodu wymogów, których nie jest w stanie spełnić. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, że korzystanie ze środków ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ nie jest w istocie możliwe, bowiem istotą tychże środków na wskazanym etapie postępowania jest doprowadzenie do takiego stanu rzeczy, aby odwołujący się wykonawca mógł złożyć ofertę, jeśli z powodu przekroczenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa został tego pozbawiony. Zaś, z oczywistych i wskazanych powyżej przyczyn przyjęcie takiego stanowiska nie jest możliwe.

Zupełnie nieadekwatne przywołał Przystępujący na poparcie swoich twierdzeń wyrok Izby z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 93/12, w której Izba nie dostrzegła po stronie odwołującego, że interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, skoro został zrealizowany wygraną aukcją. Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić, bowiem w tej sprawie odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę i uzyska zamówienie, zatem nie sposób nie sposób dopatrzeć się jakiegokolwiek szkody po stronie wykonawcy. Zaś, zupełnie odmiennie przedstawia się sytuacja w analizowanej sprawie, w której Odwołujący nie ma możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, ewentualnie jego udział może być warunkowany wolą podmiotu trzeciego.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że mocą powołanego przepisu przedmiot zamówienia należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotowa norma prawna adresowana jest do zamawiającego, który zobowiązany jest do jej realizacji w postaci sformułowania właściwych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

32

Jednocześnie dostrzec należy, że jakkolwiek opisanie przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego, to nie można pomijać, że wymogi co do sposobu opisanie przedmiotu zamówienia, wskazane zarówno w ust. 1, jak i w ust. 2 art. 29 ustawy Pzp, stanowią ograniczenie swobody zamawiającego w realizacji wspomnianego uprawnienia. Zatem uprawnieniem zamawiającego jest nie tylko wyartykułowanie swoich potrzeb, ale również określenie ich w taki sposób, aby możliwe było na podstawie okoliczności podanych przez zamawiającego, w szczególności w treści SIWZ, ustalenie, co jest przedmiotem zamówienia i w jaki sposób to zamówienie winno być zrealizowane, co z kolei umożliwi przygotowanie i skalkulowanie oferty.

Izba stoi na stanowisku, że zobowiązanie zamawiającego do podania wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, wynikające z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oznacza, że rolą zamawiającego jest ustalenie i przekazanie potencjalnemu wykonawcy informacji niezbędnych do złożenia oferty, który to obowiązek zamawiający winien zrealizować samodzielnie. Zaś odsyłanie do treści dokumentów nieznanych wykonawcy, pozostających w dyspozycji innego konkurującego wykonawcy, od którego woli zależy ich udostępnienie w sytuacji, w której są one niezbędne do realizacji danego zamówienia, nie może być uznane za prawidłową realizację dyspozycji normy prawnej, wynikającej z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do niniejszego stanu faktycznego wskazać należy, że Zamawiający wymaga realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z DTR, DSU i WTWiO, co uznaje za niezbędne nie tylko dla prawidłowego wykonania zamówienia, ale również co warunkuje możliwość jego realizacji. Starając się zabezpieczyć powyższe, Zamawiający postawił wymóg, aby wykonawca oświadczył, że posiada przedmiotową dokumentację albo zgodę producenta na jej wykorzystanie. Oznacza to, że Zamawiający obarczył wykonawców obowiązkiem pozyskania spornej dokumentacji, sam nie realizując obowiązku wynikającego z wyżej powołanego przepisu. Zamawiający nie podał bowiem, w jaki sposób przedmiotowe zamówienie należy zrealizować, zdając sobie sprawę, że nie wystarczy wiedza wykonawcy w danej dziedzinie, ale niezbędne jest sięgnięcie do informacji, zawartych w spornych dokumentach, którymi dysponuje producent i sam Zamawiający, ale jedynie na własny użytek.

Zdaniem Izby, w tych okolicznościach uznać należy, że Zamawiający nie podał wszystkich niezbędnych informacji potrzebnych do sporządzenia oferty, a wskazał jedynie na

źródło tych informacji. Problem jednak w tym, że nie są to informacje powszechnie dostępne, ale są to informacje, którymi dysponuje producent pojazdu, mającego być przedmiotem naprawy. Powyższe potwierdza, że Zamawiający podał jedynie część okoliczności, które są niezbędne do złożenia oferty, wskazując jednocześnie, że pozostałe wynikają z dokumentacji producenta, do której dostępu nie zapewnił.

33

W ocenie Izby, taki sposób realizacji obowiązku, wynikającego z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie może być uznany za prawidłowy, bowiem opisanie przedmiotu zamówienia nie ma charakteru wyczerpującego, a odwołanie się przez Zamawiającego do spornych dokumentów w sposób pozorny realizuje dyspozycję podania wszystkich okoliczności niezbędnych do sporządzenia oferty. W istocie bowiem opis przedmiotu zamówienia zaprezentowany przez Zamawiającego wymaga uzupełnienia o informacje, które są niezbędne do złożenia oferty i jej prawidłowego skalkulowania, a ich pozyskanie należy do wykonawcy.

Tymczasem ustawodawca nie przewidział takiej sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia ma być konstruowany na podstawie informacji podanych przez zamawiającego i innych, którymi dysponuje podmiot trzeci, których uzyskanie należy do obowiązków wykonawcy.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że podanie rodzaju czynności i zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia świadczy o prawidłowej realizacji dyspozycji przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, skoro Zamawiający jednocześnie zdaje sobie sprawę, że na podstawie tych informacji wykonawca nie może złożyć oferty, bowiem nie zostały mu przekazane informacje niezbędne do wykonania naprawy. Tak więc wszystkie okoliczności dotyczące przedmiotu zamówienia, a więc również związane z jego realizacją nie zostały podane, choć jak stwierdza sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazał na obowiązek wykonania zamówienia z DSU i DTR co było konieczne, gdyż jest to okoliczność mająca wpływ na sporządzenie oferty. Skoro tak, to wymogi wynikające z tych dokumentów muszą zostać podane przez Zamawiającego, a nie przez innego wykonawcę, który swobodnie będzie decydował o tym, czy je udostępnić czy też nie.

Okoliczność, że Zamawiający nie jest właścicielem naprawianych pojazdów i nie jest właścicielem spornej dokumentacji nie ma żadnego znaczenia. Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynikają dla zamawiającego określone obowiązki nie zwalnia zamawiającego z ich realizacji z powodu wskazanych przez Zamawiającego przyczyn.

Stanowisko prezentowane przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 29 czerwca 2015 r. co do jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i wymogu posługiwania się przy opisie przedmiotu zamówienia dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami dla wszystkich potencjalnych wykonawców jest bezprzedmiotowe, bowiem Odwołujący w tym zakresie nie formułuje żadnych zarzutów.

Zdaniem Izby, w żadnym razie nie można poprzestać, jak chciałby tego Przystępujący, na wskazaniu, że części informacji niezbędnych do realizacji zamówienia Zamawiający nie podał, choć wymaga od potencjalnego wykonawcy oświadczenia, że ma co do nich wiedzę, a przynajmniej będzie miał możliwość jej pozyskania, ze względu na ochronę

34

praw autorskich. Okoliczność ta, w świetle przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma żadnego znaczenia.

Nie jest również tak, jak twierdzi Przystępujący, że jedynym obowiązkiem Zamawiającego w tym zakresie jest wskazanie, że przy sporządzeniu ofert wykonawcy muszą wziąć pod uwagę koszt uzyskania od twórcy dokumentacji prawa do korzystania z niej, bowiem nie o koszty tutaj idzie, ale o prawidłowy opis przedmiotu zamówienia. Stanowisko Przystępującego pokazuje, że ze względu na przysługującą mu ochronę praw autorskich po pierwsze, dąży do decydowania, jacy wykonawcy i czy w ogóle, będą mogli złożyć ofertę, ale również stara się sobie zabezpieczyć wpływ na sposób kalkulowania oferty przez potencjalnego wykonawcę i wysokość ceny oferty.

To pokazuje, że w sposób prawidłowy rozważany obowiązek nie został przez Zamawiającego wykonany, bowiem nie tylko Zamawiający nie stara się go zrealizować samodzielnie, ale obarcza nim również potencjalnego wykonawcę, który w tym względzie

uzależniony jest od decyzji innego, konkurencyjnego wykonawcy, ale również zmusza tego potencjalnego wykonawcę do poniesienia kosztów uzyskania informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia i złożenia oferty, których wysokość określi konkurencyjny podmiot.

Powołanie się przez Przystępującego na orzeczenia Izby w sprawach o sygn. akt KIO 766/13 i KIO 767/13 oraz KIO KIO/UZP 1779/09 nie służy poparciu jego twierdzeń. Zgodzić należy się z tezami tych orzeczeń, że zamawiający ma prawo dokonywać oceny własnych potrzeb i zgodnie z nimi kształtować opis przedmiotu zamówienia i nie oznacza to umożliwienia dostępu do zamówienia wszystkim zainteresowanym. Oczywistym jest bowiem, że zamawiający winien zamawiać to co jest mu potrzebne, a nie to co chce mu zaoferować rynek. Nie zmienia to jednak faktu, że określenie tych potrzeb i sposobu ich realizacji należy do zamawiającego, a pozyskanie wiedzy na ten temat nie może być uzależnione od podmiotu trzeciego, a co więcej od innego wykonawcy.

Na powyższe wskazywała już Izba, stwierdzając, że „Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający. Oczekiwanie od wykonawców posiadania pełnej wiedzy o przedmiocie zamówienia, w przypadku gdy zamawiający zaniechał wskazania informacji niezbędnych dla przygotowania oferty na równych warunkach przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji” (wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 798/08).

Dalej zauważyć należy, że ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję w ten sposób, że powoduje

35

uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty.

Po stronie wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (zob. wyroki KIO: z dnia 24 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 466/09, KIO/UZP 486/09; z dnia 26 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1734/11).

W przedmiotowej sprawie Izba nie ma żadnych wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia zaproponowany przez Zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. Wymaganą przez Zamawiającego dokumentacją dysponuje w istocie jedynie Przystępujący, będący producentem pojazdu. Podmiot włoski, który zajmuje się naprawą analogicznych pojazdów na rynku włoskim można pominąć, bowiem z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością stwierdzić należy, że nie będzie się ubiegał o udzielenie przedmiotowego zamówienia, skoro dotychczas tego nie czynił.

To oznacza, że w warunkach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ofertę może złożyć jedynie Przystępujący. Jeśli zaś wola Przystępującego będzie udostępnienie wymaganej przez Zamawiającego dokumentacji innemu podmiotowi, to ewentualnie krąg tych podmiotów może być szerszy. W istocie więc, kto może złożyć ofertę poza Przystępującym, będzie decydował on właśnie. Z dowodów przedłożonych przez Odwołującego nie wynika, że Przystępujący zainteresowany jest udostępnieniem spornej dokumentacji. Prowadzone przez Odwołującego z Przystępującym negocjacje nigdy nie zakończyły się sukcesem. Przy czym, nie można czynić Odwołującego zarzutem, że powodem takiego stanu rzeczy jest brak konsekwencji Odwołującego i czasowe zainteresowanie tym przedmiotem. Oczywistym jest bowiem, że Odwołujący podejmuje próby uzyskania dokumentacji czy też dostępu do niej w związku z prowadzonym postępowaniem, co jest działaniem racjonalnym i usprawiedliwionym. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby wykonawca był zainteresowany gromadzeniem dokumentacji, co więcej nabywanej odpłatnie, jeśli nie ma wiedzy, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczące naprawy określonych pojazdów będzie prowadzone i w jakim czasie będzie to miało miejsce.

Na przeszkodzie prowadzeniu negocjacji czy też osiągnięciu konsensusu, zdaniem Izby, nie stoi również rzekomy brak wskazania, udostępnienia, jakich praw i w jakim zakresie oczekuje. Odwołujący wskazywał bowiem, że ubiega się o udostępnienie konkretnej dokumentacji w związku z prowadzonym określonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia. W

okolicznościach wskazanych przez Odwołującego, Przystępującemu jako producentowi pojazdu i dysponentowi dokumentacji z pewnością nie sprawiało, a przynajmniej nie winno sprawiać jako profesjonalnemu wykonawcy, co więcej zainteresowanemu uzyskaniem

36

danego zamówienia nie mniej niż Odwołującemu, ustalenie, że chodzi o prawo do korzystania z konkretnej dokumentacji w określonym zakresie, przy czym Odwołujący pozostawiał swobodę Przystępującemu w określeniu sposobu (tytułu) korzystania. Zatem, twierdzenia Przystępującego, iż powyższe stanowiło przeszkodę do zawarcia umowy w tym przedmiocie należy uznać za nieuzasadnione.

W ocenie Izby, swoim zachowaniem Przystępujący stał się jedynie stworzyć wrażenie, że ma wolę udostępnienia dokumentacji dotyczącej danego pojazdu, ale z powodu pewnej nieporadności Odwołującego nie mógł tego uczynić. Korespondencja przedłożona przez Odwołującego, wymieniona pomiędzy nim a Przystępującym świadczy, że ten ostatni prowadzi negocjacje dla pozorów, nie artykułując nawet, jaką formę uzyskania dostępu do dokumentacji akceptuje i może zaproponować.

Co więcej materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego pokazuje, że sytuacji, w której zamawiający nie dysponują prawem do udostępniania rzeczowej dokumentacji innym wykonawcom, ofertę składa jedynie Przystępujący, co pozwala stwierdzić, że starania Odwołującego nie mogły zakończyć się pozytywnie, bowiem Przystępujący nie jest zainteresowany tym, aby ofertę mógł złożyć inny wykonawca. Nie można pomijać również, że ten brak zainteresowania wynika z oczywistych przyczyn, a mianowicie, Przystępujący składając ofertę w takich warunkach nie musi konkurować z innymi wykonawcami ceną, zatem uzyskuje prawo do dyktowania jej Zamawiającemu.

Twierdzenia Zamawiającego, że naprawą pojazdów szynowych trudnią się również inne podmioty, które wskazał, nie oznacza, że mogą one złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczności tej Zamawiający i Przystępujący nawet nie uprawdopodobnili, podczas gdy Odwołujący wykazał, że w postępowaniach, w których postawiono wymogi dostępu do dokumentacji producenta pojazdu ofertę składa jedynie sam producent.

Zdaniem Izby, w tych okolicznościach nie sposób przyjąć, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opis przedmiotu zamówienia gwarantuje zachowanie uczciwej konkurencji, skoro do wiedzy dotyczącej realizacji zamówienia jest warunkowany wolą innego wykonawcy (Przystępującego). Argument Przystępującego, iż powszechną praktyką jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez odwoływanie się do określonych dokumentów nie ma żadnego znaczenia w przedmiotowej sprawie. Nie jest bowiem sporne, że opisując przedmiot zamówienia nie można odwoływać się do określonych źródeł, tym bardziej, jeśli możliwości i warunki ich pozyskania są równe dla wszystkich i nie ma w tym względzie żadnych trudności. Porównanie więc przez Odwołującego analizowanej sytuacji z tą, w której zamawiający odwołuje się do norm technicznych jest niefortunne. Oczywiście jest, że dostęp do norm technicznych nie jest dla żadnego wykonawcy ograniczony i nie zależy od woli innego wykonawcy, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

37

Reasumując, stwierdzić należy, że zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia samodzielnie, w sposób wyczerpujący i z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeśli więc Zamawiający stwierdził, że do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne są określone informacje, to te wiadomości winien udostępnić. Tym bardziej, że Zamawiający miał świadomość, iż uzyskanie tych informacji nie jest jedynie zależne od woli danego wykonawcy, ale od producenta pojazdu, który co więcej sam jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Ochrona praw autorskich producenta nie może stać na przeszkodzie udostępnieniu tych informacji w okolicznościach, w których Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Wtenczas bowiem Zamawiający jest zobowiązany do uchylenia tej ochrony w określonym zakresie w sposób zgodny z prawem (uzyskania od producenta możliwości udostępniania spornej dokumentacji innym wykonawcom), w przeciwnym bowiem razie prowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, a więc konkurencyjnym ma jedynie charakter pozorny.

Przechodząc do oceny spornego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stwierdzić należy, że instytucja warunków udziału w postępowaniu służy weryfikacji wykonawcy pod kątem zdolności do realizacji zamówienia. Chodzi bowiem o to, aby do wykonania zamówienia został dopuszczony podmiot, który legitymuje się dostateczną wiedzą lub doświadczeniem nabytym w związku z wykonywaniem określonych czynności. Natomiast nośnikiem wiedzy i doświadczenia nie jest, zdaniem Izby, element zobowiązania wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunkiem udziału w postępowaniu nie może być również objęte zdarzenie przyszłe, które nie wiadomo, czy się ziszczy, a która to okoliczność pozostaje w opozycji do celu formułowania warunków udziału w postępowaniu. Nie należy zapominać, że warunki udziału w postępowaniu stawia się po to, aby zbadać pewien potencjał wykonawcy, którym już dysponuje, a jego ocena będzie podstawą do stwierdzenia, czy dany podmiot daje gwarancję należytego wykonania zamówienia.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że przepisy (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) traktują wiedzę i doświadczenie jako kategorię łączną, uznając je za pewne wartości, które posiada podmiot (wykonawca). Zaś, w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r., poz. 231) normodawca poniekąd definiuje, co kryje się pod tym pojęciem. W § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 tego rozporządzenia wskazano bowiem, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w

38

ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych albo wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w odpowiednim okresie, z podaniem ich przedmiotu lub rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że wykonano je należycie (co robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się zatem wykonane w przeszłości przez wykonawcę (względnie podmiot trzeci) przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Nie można w tym miejscu pomijać i tej kwestii, że każdorazowo warunek w postaci wiedzy i doświadczenia skonkretyzowany dla danego postępowania wyraża istotne z punktu widzenia zamawiającego walory wykonawcy, gwarantujące prawidłowe i niezakłócone wykonanie zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego zauważyć należy, że Zamawiający warunkiem udziału w postępowaniu uczynił zdarzenie przyszłe i stanowiące treść zobowiązania wykonawcy w tym postępowaniu, a mianowicie, iż wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie ze sporną dokumentacją. Wykazanie tej okoliczności miało nastąpić przez złożenie odpowiedniego oświadczenia w tym przedmiocie.

Zdaniem Izby, zobowiązanie wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia nie może stanowić warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie służy weryfikacji wykonawcy i sprawdzeniu, czy legitymuje się wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, a wynikającym z nabytej już wiedzy i doświadczenia. Określone oświadczenie co do okoliczności przyszłych, z oczywistych względów nie może być nośnikiem wiedzy i doświadczenia, skoro należy do sfery przyszłości.

Wadliwość formułowanego warunku udziału w postępowaniu, o którym była mowa wyżej, czyni również wymagane oświadczenie wadliwym. Niezależnie od powyższego, Izba stoi na stanowisku, że fakt posiadania dokumentacji z prawem do jej wykorzystania albo zgody producenta na jej wykorzystanie nie służy wykazaniu, że wykonawca dysponuje wiedzą i doświadczeniem. Posłużenie się przez ustawodawcę koniunkcją wskazuje na traktowanie wiedzy i doświadczenia łącznie, co przesądza, że chodzi o wykazanie pewnych

umiejętności wynikających z posiadanej wiedzy i wykorzystanych w toku realizacji określonego zamówienia, a substrat ten stanowi o posiadaniu wiedzy i doświadczenia na gruncie prawa zamówień publicznych.

W tym kontekście nie budzi wątpliwości, że przedmiotowe oświadczenie nie może służyć weryfikacji wskazanych okoliczności. Co więcej, sam Zamawiający wskazał, że ze spornej dokumentacji nie wynika sposób prowadzenia procesu naprawy, wykonawca tą wiedzą musi dysponować, natomiast wskazane są tam parametry, jakie w wyniku przeprowadzonej naprawy należy osiągnąć. Te informacje zaś nie są możliwe do pozyskania obiektywnie, w toku realizacji danego zamówienia przy wykorzystaniu posiadanej wiedzy, a stanowią informacje o konkretnym produkcie (pojeździe), które podaje producent. Z tych względów oświadczenie o ich znajomości i możliwości wykorzystania nie stanowi o posiadanej wiedzy i doświadczeniu.

Niezależnie od faktu, że sformułowany warunek udziału w postępowaniu nie mieści się w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, to rację ma Odwołujący stwierdzając, że narusza on zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Formułowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, iż jego spełnienie będzie w istocie zależne od innego wykonawcy jest nieprawidłowe. Udostępnienie dokumentacji zależy bowiem od woli Przystępującego, żywotnie zainteresowanego wynikiem przedmiotowego postępowania, zatem brak obiektywnej możliwości spełnienia tego warunku.

Zgodzić należy się z Przystępującym, że stawiane w postępowaniu warunki udziału stanowią warunki brzegowe, które już na wstępie eliminują pewną grupę wykonawców, uniemożliwiając im ubieganie się o udzielenie zamówienia. Niemniej jednak swoboda w kształtowaniu tych warunków przez zamawiającego nie jest nieograniczona (art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zaś, dysponowanie pojazdami, których możliwość naprawy jest dostępna jedynie Zamawiającemu i Przystępującemu z powodu przysługiwania praw autorskich do dokumentacji właśnie Przystępującemu, zdaniem Izby, nie może uzasadniać naruszenia podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro istnieje możliwość innego ukształtowania praw związanych z dostępem do spornej dokumentacji.

W ocenie Izby, wymogi wynikające z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. 2005 r., Nr 212, poz. 1771 ze zm.) mogą zostać zachowane, a ich przestrzeganie zapewnione, ale nie w sposób zaproponowany przez Zamawiającego. Ponownie należy podkreślić, że na straży udostępnienia dokumentacji, a więc możliwości realizacji zamówienia nie może stać inny wykonawca (Przystępujący), będący podmiotem konkurencyjnym wobec Odwołującego w danym segmencie rynku.

Odwołujący zarzucił również naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który to zarzut, w ocenie Izby, okazał się słuszny. Rację ma Zamawiający, że w zamówieniach sektorowych może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków. Zatem, możliwość żądania, w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, oświadczenia nie jest wykluczona.

Niemniej jednak wymaganie przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu spornego oświadczenia nie może być uznane za prawidłowe. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, o czym była mowa wyżej, że analizowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia został sformułowany wadliwie, co w konsekwencji przekreśla byt przedmiotowego dokumentu. Po drugie, o czym również wspomniano, rzeczony oświadczenie nie służy potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu, a przez to nie jest niezbędne.

Reasumując stwierdzić należy, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia należy do obowiązków Zamawiającego, którego nie może realizować za pośrednictwem innego podmiotu, od którego woli zależy, czy wykonawca uzyska dostęp do tego opisu. Taki sposób

ukształtowania obowiązku wykonawcy narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i wprost przesądza o naruszeniu uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Wskazywane przez Przystępującego postanowienia lzby wydane w analogicznych sprawach nie mogą być uznane za potwierdzające stanowisko Przystępującego, skoro nie zawierają merytorycznego rozstrzygnięcia w spornej kwestii. Co więcej, lzba nie jest związana rozstrzygnięciami, zawartymi w innych orzeczeniach, niemniej jednak zwrócić należy uwagę, że w wyroku lzby zapadłym w sprawie o sygn. akt: KIO 1300/14, lzba oparła się na ustaleniu, że Przystępujący ma wolę udostępnienia spornej dokumentacji, co na gruncie przedmiotowej sprawy nie znalazło absolutnie potwierdzenia.

Wobec potwierdzenia się ww. zarzutów lzba odstąpiła od rozpatrzenia zarzutów sformułowanych przez Odwołującego jedynie z ostrożności procesowej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji. lzba nie uwzględniła dalszych żądań Odwołującego, wykraczających poza wniosek o nakazanie zmiany treści ogłoszenia i SIWZ, gdyż o obowiązku ich realizacji stanowią bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, a ich uwzględnienie pozostawałoby poza zakresem rozstrzygnięcia.

41

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

42