

WYROK
z dnia 11 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2015 r. przez **wykonawcę URSUS S. A z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Przedsiębiorstwo Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę URSUS S. A z siedzibą w Lublinie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę URSUS S. A z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **wykonawcy URSUS S. A z siedzibą w Lublinie** kwotę **4 218 zł 49 gr.** (słownie: cztery tysiące dwieście osiemnaście złotych czterdzieści dziewięć groszy) na rzecz **Zamawiającego: Przedsiębiorstwa Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

1

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 we **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Dostawa dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. w Gdyni dwóch sztuk trolejbusów niskopodłogowych z zasilaniem alternatywnym opartym na bateriach litowo – jonowych*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18 maja 2015 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2015 r. pod numerem 2015/S 098-178072.

Wykonawca URSUS S. A. z siedzibą w Lublinie (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu

28 maja 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec treści postanowień SIWZ, zarzucając naruszenie art. 7, 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie wymagań SIWZ (pkt V.1.2.1.) w zakresie doświadczenia wykonawcy, które w sposób nieuprawniony faworyzuje jednego z potencjalnych wykonawców ograniczając konkurencję. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób szczegółowo wskazany w odwołaniu.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2015 r. odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu, wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

3

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 29 maja 2015 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Dostawa dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. w Gdyni dwóch sztuk fabrycznie nowych trolejbusów całkowicie niskopodłogowych jednoczołowych o długości 12 m – 12,5 m, z zasilaniem alternatywnym opartym na bateriach litowo-jonowych, jednego typu, pochodzące od tego samego producenta (pojazdy) wraz z przeszkoleniem pracowników Zamawiającego dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Trolejbusowej Sp. z o.o. w Gdyni.*
/dokumentacja postępowania: Rozdział III Opisu przedmiotu zamówienia ppkt 1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 2/72/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:
Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków: ppkt 1.2.1: Wymagane jest wykazanie przez wykonawcę realizacji co najmniej 2 dostaw trolejbusów całkowicie niskopodłogowych, produkowanych seryjnie, wyposażonych w napęd prądu przemiennego, z alternatywnym zasilaniem bateriami trakcyjnymi, do minimum dwóch odbiorców, po min. 2 trolejbusy w każdej dostawie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.
/dokumentacja postępowania: Rozdział V warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków ppkt V.1.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 4/72/.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca - URSUS S. A. z siedzibą w Lublinie – wniósł odwołanie w dniu 28 maja 2015 r.
/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy URSUS S. A> z siedzibą w Lublinie z dnia 28 maja 2015 r. /.

4

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania – w dniu 9 czerwca 2015 r. -

dokonał zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia m. in. w zakresie postawionego warunku w następujący sposób:

Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków: ppkt 1.2.1: Wymagane jest wykazanie przez wykonawcę realizacji co najmniej 2 dostaw trolejbusów całkowicie niskopodłogowych, produkowanych seryjnie, wyposażonych w napęd prądu przemiennego, z alternatywnym zasilaniem bateriami trakcyjnymi, po min. 2 trolejbusy w każdej dostawie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczące postawionego warunku i wymagań Zamawiające opisanych w Rozdziale V ppkt 1.2.1 SIWZ niniejszego postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Izba, rozpoznając zarzut dotyczący doświadczenia wykonawcy z rozdziału V ppkt 1.2.1 SIWZ - który w ocenie Odwołującego w sposób nieuprawniony faworyzuje jednego z potencjalnych wykonawców, ograniczając konkurencję - uznała że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Bezspornym jest – w ocenie Izby - iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia związany jest z przedmiotem niniejszego zamówienia.

Izba podzieliła poglądu Zamawiającego, że tak sformułowany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i postawione przez niego granice – w warunku i jego opisie - należy badać przez pryzmat przedmiotu zamówienia.

Nie ulega wątpliwości – co wynika z przepisów ustawy Pzp - iż sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia, dlatego też punktem odniesienia dla Zamawiającego powinien być przedmiot zamówienia

5

oraz jego wartość. Wprowadzenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału nieadekwatnego do wielkości przedmiotu zamówienia może doprowadzić do wyeliminowania wykonawców niespełniających warunku wiedzy i doświadczenia, którzy de facto byliby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Należy również zauważyć, że Zamawiający ma prawo stawiania wymagań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oczywiście w pewnych granicach, tak aby dzięki nim mógł ustalić czy wykonawca posiada m. in. odpowiednią wiedzę i doświadczenie, odnosząc swoje wymagania wyłącznie do konkretnego postępowania. Należy pamiętać, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakiemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.

Ponadto – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych – skonkretyzowane w warunki udziału postępowaniu pełnią funkcję rękoi dla należytego wykonania zamówienia, a wykonanie jednorazowej dostawy – w tym przypadku jednego pojazdu - nie stanowi potwierdzenia posiadania doświadczenia, w uzyskiwanie którego z definicji wpisana jest powtarzalność i które potwierdzają faktycznie posiadane umiejętności do zrealizowania zamówienia.

Należy pamiętać – co zostało już wskazane – że owa „proporcjonalność do przedmiotu zamówienia” przywołana w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp odnosi się do konkretnego postępowania, i w oparciu o to postępowanie Zamawiający dokonuje opisu sposobu

dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Ponadto w ocenie Izby ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu nie zostało przez Odwołującego wykazane. Wykonawca nie wykazał, ani w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku jest nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia i że w jakikolwiek sposób ogranicza konkurencję. Dokonany przez Zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest adekwatny do opisu przedmiotu zamówienia, nie ulega wątpliwości, że odnosi się do niego.

6

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, co do niewłaściwości tego opisu, a w szczególności odnoszących się do niego sformułowań: „co *najmniej 2 dostaw*” oraz „po *min. 2 trolejbusy w każdej dostawie*”.

Przed wszystkim – co zostało zauważone – Zamawiający wszczęcie postępowania przeprowadził badaniem rynku sprzedaży trolejbusów. Odwołujący oparł swoją argumentację jedynie na doświadczeniu wynikającego z rynku polskiego. Jak słusznie zauważył Zamawiający nie tylko polscy dostawcy są potencjalnymi wykonawcami niniejszego zamówienia, jednocześnie Zamawiający wskazał na konkretnych europejskich producentów trolejbusów. Ponadto Zamawiający zwrócił się do jednego z zagranicznych podmiotów realizujących tego typu zamówienie (firma Bozankaya z siedzibą w Turcji) i w dniu 27 maja 2015 r. otrzymał wiadomość drogą mailową o zainteresowaniu tej firmy niniejszym postępowaniem.

Ponadto jak słusznie zauważył Zamawiający – warunek w obecnym brzmieniu wymaga zatem dwóch dostaw po dwa pojazdy, co jest dopuszczalne – w szczególności w kontekście przedmiotu zamówienia jaki ma być dostarczony Zamawiającemu. Zamawiający planuje zakupić dwa pojazdy produkowane seryjnie, zatem wymóg „po *min. 2 trolejbusy w każdej dostawie*” należy również uznać za prawidłowy.

Dodatkowo na marginesie należy dodać, iż to, że Odwołujący nie może wykazać się postawionym warunkiem udziału w postępowaniu i nie posiada wymaganego doświadczenia, nie może z góry wskazywać na naruszenie art. 27, 2 ust. 4 w zw. z art. 29 ustawy Pzp. Niewystarczające jest również powołanie się na bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, konieczne jest wykazanie okoliczności wskazanych w ustawie Pzp.

Ponadto Zamawiający wobec dokonanej modyfikacji usunął wymóg wykazania „do *minimum dwóch odbiorców*”, uznając że warunkiem wystarczającym dla zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia może być wykazanie się dwoma dostawami, zatem w ocenie Izby w tej części warunku – jego opisu, nie istniał już przedmiot sporu w momencie orzekania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

7

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

Przewodniczący:

.....

