

WYROK

Warszawa, dnia 23 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 29 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Modertrans Poznań sp. z o.o. w Poznaniu**;

B.A. w dniu 29 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Modertrans Poznań sp. z o.o. w Poznaniu**;

w postępowaniach prowadzonych przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie**:

A.na zawarcie umowy ramowej na „zakup nowych tramwajów jednokierunkowych o długości 32-34m” (numer referencyjny LP.281.191.2023) – sygn. akt KIO 3955/23

B.na zawarcie umowy ramowej na „zakup nowych tramwajów dwukierunkowych o długości 32-34m” (numer referencyjny LP.281.192.2023) – sygn. akt KIO 3957/23

orzeka:

- 1.uwzględnia odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3955/23 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ przez obniżenie kwoty wskazanej w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych do wysokości niezbędnej do zapewnienia należytej realizacji zamówienia, nieprzekraczającej kwoty 40.000.000,00 zł (słownie: czterdzieści milionów złotych),
- 2.uwzględnia odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3957/23 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ przez obniżenie kwoty wskazanej w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych do wysokości niezbędnej do zapewnienia należytej realizacji zamówienia, nieprzekraczającej kwoty, nieprzekraczającej kwoty 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych),
- 3.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3955/23 obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie** i:
 - 3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Modertrans Poznań sp. z o.o. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2.zasądza od **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Modertrans Poznań sp. z o.o. w Poznaniu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
- 4.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3957/23 obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie** i:
 - 4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Modertrans Poznań sp. z o.o. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2.zasądza od **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Modertrans Poznań sp. z o.o. w Poznaniu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, których przedmiotem jest:

1)zawarcie umowy ramowej na „Zakup nowych tramwajów jednokierunkowych o długości 32-34m” (numer referencyjny

LP.281.191.2023);

2)zawarcie umowy ramowej na „Zakup nowych tramwajów dwukierunkowych o długości 32-34m” (numer referencyjny LP.281.192.2023).

Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 grudnia 2023 r., odpowiednio:

1)pod nr 00769988-2023,

2)pod nr 00768904-2023.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniach w dniu 29 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołania wykonawca Modertrans Poznań sp. z o.o. w Poznaniu, zwany dalej „odwołującym”.

Zarządzeniem Prezesa Izby odwołania zostały oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 3955/23 i sygn. akt KIO 3957/23 oraz zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

KIO 3955/23

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 115 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanego w pkt 5.1.9 ogłoszenia oraz w pkt VII.1.3 SWZ, tj. warunku posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 100.000.000,00 zł (słownie: sto milionów złotych), w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy niezbędnej do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji prowadzący do bezzasadnego ograniczenia kręgu podmiotów zdolnych ubiegać się o zamówienie, co narusza także zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i efektywności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji treści ogłoszenia oraz SWZ przez obniżenie kwoty wskazanej w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych do wysokości niezbędnej do zapewnienia należytej realizacji zamówienia, nieprzekraczającej kwoty 40.000.000,00 zł (słownie: czterdzieści milionów złotych)

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania jest wyprodukowanie i dostawa, po zawarciu umowy ramowej na podstawie umów realizacyjnych, nie więcej niż 30 (trzydziestu) fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych o długości minimum 32 m maksimum 34 m każdy wraz z wyposażeniem i narzędziami specjalnymi oraz usługami i dostawami powiązanymi. Zgodnie z pkt 5.1.9 Ogłoszenia oraz w pkt VII.1.3 SWZ, Zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 100.000.000,00 zł.

W ocenie odwołującego postawiony warunek udziału w postępowaniu, przy uwzględnieniu jego przedmiotu, jest zbyt restrykcyjny, a przez to narusza szereg norm przewidzianych przepisami prawa – i jako taki nie powinien się ostać. Odwołujący wskazał, że w świetle art. 112 oraz art. 115 ust. 4 Pzp, Zamawiający uprawniony jest do określenia warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych. O ile jednak zamawiający uprawnieni są do każdorazowej indywidualizacji warunków udziału do danego postępowania, to swoboda zamawiającego w tym zakresie musi uwzględniać granice określone w Pzp. W świetle art. 112 Pzp czynnikami ograniczającymi tę swobodę są:

a. niezbędność warunku udziału do należytego wykonania udzielanego zamówienia oraz

b. proporcjonalność warunku udziału do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący argumentował, że ograniczenia te stanowią implementację art. 58 ust. 1 akapitu drugiego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE2 (do którego odsyła art. 80 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE.

Odwołujący wskazał, że w realiach postępowania, Zamawiający wymaga posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 100.000.000,00 zł. Jest to kwota niewątpliwie zbyt wysoka, rażąco wykraczająca poza wymaganą w przywołanym orzecznictwie Izby kwotę „minimalną zapewniającą realizację zamówienia”, drastycznie ograniczająca krąg podmiotów mogących zrealizować zamówienie, w tym odbierająca taką możliwość również i jemu – podmiotowi, który pomimo niespełniania tego wygórowanego warunku finansowego wielokrotnie już realizował podobne i większe zamówienia na dostawy tramwajów.

Zdaniem odwołującego nadmierność warunku stanowiącego przedmiot odwołania jest tym bardziej rażąca, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie zakłada zawarcia jednej umowy na dostawę 30 tramwajów, a wyraźnie wskazuje, że po

pierwsze jest to maksymalny limit tramwajów, które mogą zostać dostarczone przez wykonawcę wybranego w postępowaniu, a po drugie przyjmuje formułę zawarcia umowy ramowej ze zwycięskim wykonawcą i zawierania umów realizacyjnych w oparciu o posiadane środki finansowe. Jedyną gwarancją w tym zakresie dla Wykonawcy jest pkt 4.3.3. SWZ, przewidujący, że jeżeli w ramach umowy ramowej będą zawierane umowy realizacyjne, to pierwsza umowa realizacyjna obejmie co najmniej 10 wagonów tramwajowych (a więc jedną trzecią ilości tramwajów maksymalnie dostarczanych w ramach umowy ramowej). Tym samym koszty związane z realizacją projektu zostaną rozłożone w czasie, a środki finansowe ze sprzedaży poszczególnych tramwajów będą mogły być tym samym wykorzystywane na pokrycie bieżących zobowiązań za dostarczane części i urządzeń do budowy kolejnych tramwajów.

Odwolujący wskazał także, że nawet w ramach poszczególnych umów realizacyjnych Zamawiający proponuje zasadę dostarczania poszczególnych wagonów według uzgodnionego z wykonawcą harmonogramu, co umożliwia sukcesywną dostawę kolejnych wagonów także podczas realizacji danej umowy realizacyjnej (rozdział V SWZ), a zgodnie z proponowanymi przez Zamawiającego zasadami płatności, wynagrodzenie za każdy wagon tramwajowy płatne będzie oddzielnie po dokonaniu odbioru końcowego każdego wagonu tramwajowego (pkt II.14.2 SWZ), w terminie 30 dni od doręczenia wystawionej na podstawie protokołu odbioru faktury (pkt II.14.4 SWZ).

Według odwołującego, w praktyce oznacza to, że wykonawca może założyć otrzymanie płatności za dostawę pierwszych wagonów tramwajowych jeszcze w toku wykonywania danej umowy realizacyjnej. Biorąc pod uwagę standardowy cykl produkcyjny tramwaju, w którym kluczowe i najdroższe elementy (takie jak układ napędowy, klimatyzacja, system drzwi) instalowane są na kilka tygodni przed zakończeniem montażu, taki system płatności pozwala na finansowanie montażu dalszych partii wagonów za pomocą środków wypłaconych za wagony wcześniej dostarczone. Nie bez znaczenia jest też praktyka ustalania warunków płatności z poddostawcami na 45-60 dni po dostawie, co pozwala jeszcze bardziej złagodzić obciążenia finansowe ciężące na wykonawcy w związku z realizacją kontraktu.

Odwolujący powołał się na tabelę znajdującą w dalszej części odwołania, w której zostały zestawione przez niego przetargi na dostawę nowych tramwajów oraz przewidziane w nich wymagania w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych. Zdaniem odwołującego zestawienie porównawcze obrazuje, że inni zamawiający kupując nowe tramwaje również wymagali posiadania zdolności kredytowej lub środków finansowych jednak kwoty te były zdecydowanie niższe, przy czym zamawiający ci stosowali zróżnicowane systemy płatności, wielokrotnie przewidujące płatność na zasadach mniej korzystnych dla wykonawcy niż przewidziane w postępowaniu. Zdaniem odwołującego w postępowaniach tych zauważalny jest podobny stosunek pomiędzy ilością a tym samym wartością przedmiotu zamówienia a kwotą z warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej, od którego warunek przyjęty w postępowaniu zdecydowanie odbiega.

Numer referencyjny przetargu	Data ogłoszenia	Zamawiający	Przedmiot zamówienia	Wymagania finansowe
AL/ 311 /2016	21.09.2016	MPK Poznań	Dostawa wraz z serwisem gwarancyjnym 50 nowych tramwajów niskopodłogowych	16 000 000 PLN
DNZ/58/2016	08.02.2017	Tramwaje Warszawskie	123 sztuki fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 90 tramwajów	100 000 000 PLN
RZL.26.3.2017	11.05.2017	MPK Częstochowa	zakup i dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	36 000 000 PLN
PN/24/2017	18.05.2017	MPK Wrocław	Dostawa 40 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	30 000 000 PLN
UE/JRP/B/455/2017	29.07.2017	Tramwaje Śląskie	10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja do 5 sztuk	3 000 000 PLN
LZ-281-54/18	30.04.2019	MPK Kraków	Nie więcej niż 60 fabrycznie nowych wagonów tramwajowych	150 000 000 PLN
ZIM-DZ.2621.7.2019	29.07.2019	ZIM Łódź	30 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	30 000 000 PLN
MZK.D-251-14/19	18.12.2019	MZK Toruń	5 fabrycznie nowych tramwajów	10 000 000 PLN

KU.241/pn7_2020/AR	29.01.2020	MPK Wrocław	Dostawa 25 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 21 tramwajów	30 000 000 PLN
KU.241/pn39_2021/PC	26.07.2021	MPK Wrocław	Dostawa 24 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 16 tramwajów	30 000 000 PLN
AL.0140.05.2023	29.03.2023	MPK Poznań	Dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 20 tramwajów	16 000 000 PLN

Zdaniem odwołującego, z powyższej tabeli wynika, że zamawiający powszechnie przyjmują znacznie niższe warunki udziału w zakresie środków finansowych/zdolności kredytowej nawet dla większych zamówieniach. Na uwagę w szczególności zasługuje, że podobny warunek do przyjętego w niniejszym postępowaniu (100.000.000,00 PLN) został przyjęty przez Tramwaje Warszawskie dla zamówienia czterokrotnie, a z uwzględnieniem prawa opcji siedmiokrotnie większego - choć oczywiście uwzględnienia wymaga także okoliczność inflacji zaistniałej od czasu udzielenia tamtego zamówienia.

Według odwołującego z powyższego wynika, że szereg zamawiających uznał znacznie niższe kwoty zdolności kredytowej za wystarczające do zagwarantowania realizacji udzielanych przez nich zamówień. Jednocześnie, w ramach postępowania nie sposób wskazać szczególnych względów powodujących konieczność ustanowienia tak wysokiej kwoty. Tymczasem przyjęta formuła umowy ramowej oraz mechanizm płatności przekładające się na sukcesywne dostawy tramwajów stanowiących przedmiot zamówienia wskazywałyby właśnie na możliwość złagodzenia tego warunku ekonomiczno-finansowego w stosunku do standardu rynkowego.

Zdaniem odwołującego warunek ekonomiczno-finansowy określony w niniejszym postępowaniu jest nieproporcjonalny i rażąco wykracza poza to, co mieści się w uzasadnionych potrzebach zamawiającego. Konsekwencją tak dalece restrykcyjnego naruszenia wymogów proporcjonalności i niezbędności warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie będzie obniżenie ilości ofert złożonych w postępowaniu, odbierając możliwość ubiegania się o zamówienie mniejszym wykonawcom takim jak on, pomimo, że podmioty te byłyby tak samo zdolne do realizacji zamówienia. W konsekwencji, ucierpi na tym konkurencyjność postępowania, co przełożyć może się także na efektywność udzielonego zamówienia (art. 17 ust. 1 Pzp).

Zdaniem odwołującego zasadnym i koniecznym jest zatem żądanie nakazania zamawiającemu modyfikacji tego warunku przez obniżenie kwoty wymaganej od wykonawcy dotyczącej zdolności kredytowej lub środków finansowych do minimalnej wysokości gwarantującej należyłą realizację zamówienia przez wykonawcę. Uwzględniając zastosowany w postępowaniu przez zamawiającego system umów realizacyjnych oraz rozłożonych płatności w toku realizacji umów realizacyjnych, minimalna kwota dla dostawy takiej ilości tramwajów jednokierunkowych powinna być kilkukrotnie niższa niż określona przez wykonawcę, a w żadnym wypadku nie powinna ona przekroczyć kwoty 40.000.000,00 zł. Kwota ta dałaby rękojmię realizację umowy, a jednocześnie spowodowałaby zwiększenie konkurencyjności przez możliwość złożenia ofert przez większą ilość wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3955/23, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

KIO 3957/23

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 115 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 362 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanego w pkt. 5.1.9 ogłoszenia oraz w pkt VII.1.3 SWZ, tj. warunku posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 120.000.000,00 zł (słownie: sto dwadzieścia milionów złotych), w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy niezbędnej do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji prowadzący do bezzasadnego ograniczenia kręgu podmiotów zdolnych ubiegać się o zamówienie, co narusza także zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i efektywności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji treści ogłoszenia oraz SWZ przez obniżenie kwoty wskazanej w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych do wysokości niezbędnej do zapewnienia należytej realizacji zamówienia, nieprzekraczającej kwoty 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania jest wyprodukowanie i dostawa, po zawarciu umowy ramowej na podstawie umów realizacyjnych, nie więcej niż 30 (trzydziestu) fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych o długości minimum 32 m maksimum 34 m każdy wraz z wyposażeniem i narzędziami specjalnymi oraz usługami i dostawami powiązanymi. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 5.1.9 ogłoszenia oraz w pkt VII.1.3 SWZ, zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 120.000.000,00 zł.

W ocenie odwołującego postawiony warunek udziału w postępowaniu, przy uwzględnieniu jego przedmiotu, jest zbyt restrykcyjny, a przez to narusza szereg norm przewidzianych przepisami prawa – i jako taki nie powinien się ostać. Odwołujący wskazał, że w świetle art. 112 oraz art. 115 ust. 4 Pzp, zamawiający uprawniony jest do określenia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych. O ile jednak zamawiający uprawnieni są do każdorazowej indywidualizacji warunków udziału do danego postępowania, to swoboda zamawiającego w tym zakresie musi uwzględniać granice określone w Pzp. W świetle art. 112 Pzp czynnikami ograniczającymi tę swobodę są:

- a. niezbędność warunku udziału do należytego wykonania udzielanego zamówienia oraz
- b. proporcjonalność warunku udziału do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ograniczenia te stanowią implementację art. 58 ust. 1 akapitu drugiego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (do którego odsyła art. 80 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE).

Zdaniem odwołującego, warunki udziału w postępowaniu powinny być każdorazowo określone na minimalnym poziomie („minimalne poziomy zdolności”), tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie.

Odwołujący argumentował, że w realiach niniejszego postępowania, zamawiający wymaga posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 120.000.000,00 zł. Zdaniem odwołującego jest to kwota niewątpliwie zbyt wysoka, rażąco wykraczająca poza wymaganą w przywołanym przez niego orzecznictwie kwotę „minimalną zapewniającą realizację zamówienia”, drastycznie ograniczająca krąg podmiotów mogących zrealizować zamówienie, w tym odbierająca taką możliwość również i jemu – podmiotowi, który pomimo niespełniania tego wygórowanego warunku finansowego wielokrotnie już realizował podobne i większe zamówienia na dostawę tramwajów.

Zdaniem odwołującego nadmierność warunku stanowiącego przedmiot odwołania jest tym bardziej rażąca, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie zakłada zawarcia jednej umowy na dostawę 30 tramwajów, a wyraźnie wskazuje, że po pierwsze jest to maksymalny limit tramwajów, które mogą zostać dostarczone przez wykonawcę wybranego w postępowaniu, a po drugie przyjmuje formułę zawarcia umowy ramowej ze zwycięskim wykonawcą i zawierania umów realizacyjnych w oparciu o posiadane środki finansowe. Jediną gwarancją w tym zakresie dla Wykonawcy jest pkt. 4.3.3. SWZ, przewidujący, że jeżeli w ramach umowy ramowej będą zawierane umowy realizacyjne, to pierwsza umowa realizacyjna obejmie co najmniej 10 wagonów tramwajowych (a więc jedną trzecią ilości tramwajów maksymalnie dostarczanych w ramach umowy ramowej). Tym samym koszty związane z realizacją projektu zostaną rozłożone w czasie, a środki finansowe ze sprzedaży poszczególnych tramwajów będą mogły być tym samym wykorzystywane na pokrycie bieżących zobowiązań za dostarczane części i urządzeń do budowy kolejnych tramwajów.

Odwołujący wskazał, że nawet w ramach poszczególnych umów realizacyjnych zamawiający proponuje zasadę dostarczania poszczególnych wagonów według uzgodnionego z wykonawcą harmonogramu, co umożliwi sukcesywną dostawę kolejnych wagonów także podczas realizacji danej umowy realizacyjnej (rozdział V SWZ), a zgodnie z proponowanymi przez zamawiającego zasadami płatności, wynagrodzenie za każdy wagon tramwajowy płatne będzie oddzielnie po dokonaniu odbioru końcowego każdego wagonu tramwajowego (pkt II.14.2 SWZ), w terminie 30 dni od doręczenia wystawionej na podstawie protokołu odbioru faktury (pkt II.14.4 SWZ).

Zdaniem odwołującego w praktyce oznacza to, że wykonawca może złożyć otrzymanie płatności za dostawę pierwszych wagonów tramwajowych jeszcze w toku wykonywania danej umowy realizacyjnej. Biorąc pod uwagę standardowy cykl produkcyjny tramwaju, w którym kluczowe i najdroższe elementy (takie jak układ napędowy, klimatyzacja, system drzwi) instalowane są na kilka tygodni przed zakończeniem montażu, taki system płatności

pozwała na finansowanie montażu dalszych partii wagonów za pomocą środków wypłaconych za wagony wcześniej dostarczone. Nie bez znaczenia jest też praktyka ustalania warunków płatności z poddostawcami na 45-60 dni po dostawie, co pozwala jeszcze bardziej złagodzić obciążenia finansowe ciężące na wykonawcy w związku z realizacją kontraktu.

Odwołujący powołał się na tabelę znajdującą się w dalszej części odwołania, gdzie zostały zestawione przetargi na dostawę nowych tramwajów oraz przewidziane w nich wymagania w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych. Zdaniem odwołującego zestawienie porównawcze obrazuje, że inni zamawiający kupując nowe tramwaje również wymagali posiadania zdolności kredytowej lub środków finansowych jednak kwoty te były zdecydowanie niższe, przy czym zamawiający ci stosowali zróżnicowane systemy płatności, wielokrotnie przewidujące płatność na zasadach mniej korzystnych dla wykonawcy niż przewidziane w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, w postępowaniach tych zauważalny jest podobny stosunek pomiędzy ilością a tym samym wartością przedmiotu zamówienia a kwotą z warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej, od którego warunek przyjęty w postępowaniu zdecydowanie odbiega.

Numer referencyjny przetargu	Data ogłoszenia	Zamawiający	Przedmiot zamówienia	Wymagania finansowe
AL/ 311 /2016	21.09.2016	MPK Poznań	Dostawa wraz z serwisem gwarancyjnym 50 nowych tramwajów niskopodłogowych	16 000 000 PLN
DNZ/58/2016	08.02.2017	Tramwaje Warszawskie	123 sztuki fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 90 tramwajów	100 000 000 PLN
RZI.26.3.2017	11.05.2017	MPK Częstochowa	zakup i dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	36 000 000 PLN
PN/24/2017	18.05.2017	MPK Wrocław	Dostawa 40 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	30 000 000 PLN
UE/JRP/B/455/2017	29.07.2017	Tramwaje Śląskie	10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja do 5 sztuk	3 000 000 PLN
LZ-281-54/18	30.04.2019	MPK Kraków	Nie więcej niż 60 fabrycznie nowych wagonów tramwajowych	150 000 000 PLN
ZIM-DZ.2621.7.2019	29.07.2019	ZIM Łódź	30 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	30 000 000 PLN
MZK.D-251-14/19	18.12.2019	MZK Toruń	5 fabrycznie nowych tramwajów	10 000 000 PLN
KU.241/pn7_2020/AR	29.01.2020	MPK Wrocław	Dostawa 25 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 21 tramwajów	30 000 000 PLN
KU.241/pn39_2021/PC	26.07.2021	MPK Wrocław	Dostawa 24 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 16 tramwajów	30 000 000 PLN
AL.0140.05.2023	29.03.2023	MPK Poznań	Dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 20 tramwajów	16 000 000 PLN

Zdaniem odwołującego, z powyższej tabeli wynika, że zamawiający powszechnie przyjmują znacznie niższe warunki udziału w zakresie środków finansowych/zdolności kredytowej nawet dla większych zamówieniach. Zdaniem odwołującego na uwagę w szczególności zasługuje, że podobny warunek do przyjętego w niniejszym postępowaniu (100.000.000,00 PLN) został przyjęty przez Tramwaje Warszawskie dla zamówienia czterokrotnie, a z uwzględnieniem prawa opcji siedmiokrotnie większego - choć oczywiście uwzględnienia wymaga także okoliczność inflacji zaistniałej od czasu udzielenia tamtego zamówienia.

Według odwołującego z powyższego wynika, że szereg zamawiających uznał znacznie niższe kwoty zdolności kredytowej za wystarczające do zagwarantowania realizacji udzielanych przez nich zamówień. Jednocześnie, w ramach postępowania jedynym przyczynkiem do zwiększenia tej kwoty ponad powszechnie przyjęty standard jest wymaganie przeze Zamawiającego dostawy dwukierunkowych tramwajów, które są droższe od pojazdów jednokierunkowych. Zdaniem odwołującego tramwaje takie rzeczywiście mają wyższe koszty produkcji ze względu na dwie kabiny motorniczego (które należy zbudować i wyposażać), a także konieczność dodania dodatkowego odbieraka prądu, systemu piaskowania, smarowania obrzeży kół, dodania drzwi po obu stronach i dołożenia dodatkowej instalacji elektrycznej. Zdaniem odwołującego jednak nie spowoduje to zwiększenia kosztów dostawy o więcej niż kilkanaście procent w stosunku do analogicznego tramwaju jednokierunkowego. Tymczasem przyjęta formuła umowy ramowej oraz mechanizm płatności przekładające się na sukcesywne dostawy tramwajów stanowiących przedmiot zamówienia wskazywałyby właśnie na możliwość złagodzenia warunku ekonomiczno-finansowego w stosunku do standardu rynkowego.

Według odwołującego zatem warunek ekonomiczno-finansowy określony w niniejszym postępowaniu jest nieproporcjonalny i rażąco wykracza poza to, co mieści się w uzasadnionych potrzebach zamawiającego. Konsekwencją tak dalece restrykcyjnego naruszenia wymogów proporcjonalności i niezbędności warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie będzie obniżenie ilości ofert złożonych w postępowaniu, odbierając możliwość ubiegania się o zamówienie mniejszym wykonawcom takim jak on, pomimo, że podmioty te byłyby tak samo zdolne do realizacji zamówienia. W konsekwencji, ucierpi na tym konkurencyjność Postępowania, co przełożyć może się także na efektywność udzielonego zamówienia (art. 17 ust. 1 Pzp).

Zdaniem odwołującego zasadnym i koniecznym jest zatem żądanie nakazania zamawiającemu modyfikacji tego warunku przez obniżenie kwoty wymaganej od wykonawcy dotyczącej zdolności kredytowej lub środków finansowych do minimalnej wysokości gwarantującej należyłą realizację zamówienia przez wykonawcę. Uwzględniając zastosowany w postępowaniu przez zamawiającego system umów realizacyjnych oraz rozłożonych płatności w toku realizacji umów realizacyjnych, minimalna kwota dla dostawy takiej ilości tramwajów dwukierunkowych powinna być kilkukrotnie niższa niż określona przez wykonawcę, a w żadnym wypadku nie powinna ona przekroczyć kwoty 50.000.000,00 zł. Kwota ta niewątpliwie dałaby rękojmię realizację umowy, a jednocześnie spowodowałaby zwiększenie konkurencyjności przez możliwość złożenia ofert przez większą ilość wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3957/23, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowych postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 17 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*

- 1) *najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*
- 2) *uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*

Art. 112 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Art. 115 ust. 1 Pzp stanowi, że *W odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności: (...)*

- 4) *posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.*

KIO 3955/23

Ustalono, że w rozdziale I SWZ zamawiający przewidział m.in.:

4.3.3. Wykonanie zamówienia nastąpi na podstawie zawartych z wybranym Wykonawcą umów realizacyjnych. Jeżeli w ramach umowy ramowej będą zawierane umowy realizacyjne, to pierwsza umowa realizacyjna obejmie co najmniej 10 wagonów tramwajowych.

Ustalono także, że w rozdziale II specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

2. Przedmiotem zamówienia jest wyprodukowanie i dostarczenie, po zawarciu umowy ramowej na podstawie umów realizacyjnych, nie więcej niż 30 (trzydziestu) fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych o długości minimum 32 m maksimum 34 m każdy, spełniających wymagania Zamawiającego określone w Specyfikacji Technicznej Tramwaju STT stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, wraz z wyposażeniem i narzędziami specjalnymi oraz usługami i dostawami powiązanymi.

3. Przedmiot zamówienia będzie wykonywany po zawarciu odrębnych umów realizacyjnych, przy czym nie dopuszcza się składania ofert częściowych, ani wariantowych.

3.1. Pierwsza umowa realizacyjna obejmuje wyprodukowanie i dostawę co najmniej 10 sztuk wagonów tramwajowych wraz z dostawami i usługami powiązanymi o których mowa w pkt 8.

3.2. Kolejne umowy realizacyjne obejmować mogą wyprodukowanie i dostawę pozostałych wagonów tramwajowych, nie więcej niż 20 sztuk, wraz z dostawami i usługami powiązanymi o których mowa w pkt 8.5, 8.6 i 8.7. Zawarcie kolejnych umów realizacyjnych związane będzie z posiadanymi przez Zamawiającego środkami finansowymi.

14. Warunki płatności:

14.1. Zamawiający nie przewiduje udzielania zaliczek.

14.2. Wynagrodzenie za każdy wagon tramwajowy płatne będzie oddzielnie po dokonaniu odbioru końcowego na podstawie dokumentu finansowego. Podstawą wystawienia dokumentu finansowego będzie podpisany przez strony protokół odbioru końcowego każdego wagonu tramwajowego.

14.3. Wynagrodzenie za materiały do prac obsługowo-naprawczych płatne będzie na podstawie dokumentu finansowego po otrzymaniu partii przedmiotu zamówienia zrealizowanej na podstawie indywidualnego zamówienia.

14.4. Zamawiający zapłaci wynagrodzenie przelewem na wskazany w umowie rachunek bankowy Wykonawcy w terminie do 30 dni od daty doręczenia Zamawiającemu wystawionego prawidłowo i zgodnie z umową realizacyjną dokumentu finansowego potwierdzającego wykonanie przedmiotu (za dostarczony i odebrany bez zastrzeżeń Zamawiającego przedmiot zamówienia). Na dokumencie finansowym należy wpisać numer umowy realizacyjnej Zamawiającego.

Ustalono także, że w rozdziale V SWZ zamawiający przewidział m.in.:

1. Umowa ramowa zostanie zawarta na okres 4 lat

2. Wymagany termin wykonania zamówienia:

2.1. PIERWSZA UMOWA REALIZACYJNA – dostawa co najmniej 10 sztuk wagonów tramwajowych w uzgodnionego z Zamawiającym harmonogramu, przy założeniu, że:

2.1.1. dostawa pierwszego wagonu nastąpi nie wcześniej niż w 18 miesiącu, ale nie później niż w 22 miesiącu od podpisania umowy,

2.1.2. dostawa drugiego wagonu nastąpi do 3 miesięcy od dostawy pierwszego wagonu,

2.1.3. ostatni wagon do 27 miesięcy od daty podpisania umowy.

2.2. KOLEJNE UMOWY REALIZACYJNE - termin dostawy pierwszego wagonu w ramach kolejnej umowy realizacyjnej wynosi nie dłużej niż 21 miesięcy od daty zawarcia umowy. Każdy kolejny wagon dostarczany będzie na podstawie uzgodnionego z Zamawiającym harmonogramu.

Ustalono także, że w rozdziale VII SWZ zamawiający przewidział m.in.:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz którzy spełniają następujące warunki:

1.3. sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

Zamawiający wymaga posiadania przez Wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 100.000.000,00 zł (słownie sto milionów złotych).

Ustalono, że w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przewidział:

5.1.9 Kryteria kwalifikacji

Kryterium:

Rodzaj: Sytuacja ekonomiczna i finansowa

Nazwa: Zamawiający wymaga posiadania przez Wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 100.000.000,00 zł (słownie sto milionów złotych).

Ustalono także, że w załączniku nr 17 do SWZ (projekt umowy ramowej) zamawiający przewidział m.in.:

§ 3 [Terminy realizacji]

1. Umowa Ramowa zostaje zawarta na okres 4 (czterech) lat.

2. Umowy Realizacyjne wykonywane będą zgodnie z harmonogramem, o którym mowa w § 7 ust. 3 pkt 4 Umowy

Ramowej, uwzględniającym wymagane terminy wskazane odpowiednio w ust. 3-4.

3. Wymagane terminy wykonania Pierwszej Umowy Realizacyjnej:

- 1) odbiorom końcowym będzie podlegać nie więcej niż jeden wagon na tydzień.
- 2) dostawa pierwszego wagonu nastąpi nie wcześniej niż w 18 (osiemnastym) miesiącu, ale nie później niż w 22 (dwudziestym drugim) miesiącu od podpisania umowy,
- 3) dostawa drugiego wagonu nastąpi do 3 (trzech) miesięcy od daty dostawy pierwszego wagonu,
- 4) ostatni wagon zostanie dostarczony do 27 (dwudziestu siedmiu) miesięcy od podpisania umowy.

4. Wymagane terminy wykonania kolejnych Umów Realizacyjnych – termin dostawy pierwszego wagonu w ramach każdej kolejnej Umowy Realizacyjnej wynosi nie dłużej niż 21 (dwadzieścia jeden) miesięcy od daty zawarcia umowy.

KIO 3957/23

Ustalono, że w rozdziale I SWZ zamawiający przewidział m.in.:

4.3.3. Wykonanie zamówienia nastąpi na podstawie zawartych z wybranym Wykonawcą umów realizacyjnych. Jeżeli w ramach umowy ramowej będą zawierane umowy realizacyjne, to pierwsza umowa realizacyjna obejmie co najmniej 10 wagonów tramwajowych.

Ustalono także, że w rozdziale II specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

2. Przedmiotem zamówienia jest wyprodukowanie i dostarczenie, po zawarciu umowy ramowej na podstawie umów realizacyjnych, nie więcej niż 30 (trzydziestu) fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych o długości minimum 32 m maksimum 34 m każdy, spełniających wymagania Zamawiającego określone w Specyfikacji Technicznej Tramwaju STT stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, wraz z wyposażeniem i narzędziami specjalnymi oraz usługami i dostawami powiązanymi.

3. Przedmiot zamówienia będzie wykonywany po zawarciu odrębnych umów realizacyjnych, przy czym nie dopuszcza się składania ofert częściowych, ani wariantowych.

3.1. Pierwsza umowa realizacyjna obejmuje wyprodukowanie i dostawę co najmniej 10 sztuk wagonów tramwajowych wraz z dostawami i usługami powiązanymi o których mowa w pkt 8.

3.2. Kolejne umowy realizacyjne obejmować mogą wyprodukowanie i dostawę pozostałych wagonów tramwajowych, nie więcej niż 20 sztuk, wraz z dostawami i usługami powiązanymi o których mowa w pkt 8.5, 8.6 i 8.7. Zawarcie kolejnych umów realizacyjnych związane będzie z posiadanymi przez Zamawiającego środkami finansowymi.

14. Warunki płatności:

14.1. Zamawiający nie przewiduje udzielania zaliczek.

14.2. Wynagrodzenie za każdy wagon tramwajowy płatne będzie oddzielnie po dokonaniu odbioru końcowego na podstawie dokumentu finansowego. Podstawą wystawienia dokumentu finansowego będzie podpisany przez strony protokół odbioru końcowego każdego wagonu tramwajowego.

14.3. Wynagrodzenie za materiały do prac obsługowo – naprawczych płatne będzie na podstawie dokumentu finansowego po otrzymaniu partii przedmiotu zamówienia zrealizowanej na podstawie indywidualnego zamówienia.

14.4. Zamawiający zapłaci wynagrodzenie przelewem na wskazany w umowie rachunek bankowy Wykonawcy w terminie do 30 dni od daty doręczenia Zamawiającemu wystawionego prawidłowo i zgodnie z umową realizacyjną dokumentu finansowego potwierdzającego wykonanie przedmiotu (za dostarczony i odebrany bez zastrzeżeń Zamawiającego przedmiot zamówienia). Na dokumencie finansowym należy wpisać numer umowy realizacyjnej Zamawiającego.

Ustalono także, że w rozdziale V SWZ zamawiający przewidział m.in.:

1. Umowa ramowa zostanie zawarta na okres 4 lat

2. Wymagany termin wykonania zamówienia:

2.1. PIERWSZA UMOWA REALIZACYJNA - dostawa co najmniej 10 sztuk wagonów tramwajowych w uzgodnionego z Zamawiającym harmonogramu, przy założeniu, że:

- 2.1.1. dostawa pierwszego wagonu nastąpi nie wcześniej niż w 18 miesiącu, ale nie później niż w 22 miesiącu od podpisania umowy,
- 2.1.2. dostawa drugiego wagonu nastąpi do 3 miesięcy od dostawy pierwszego wagonu,
- 2.1.3. ostatni wagon do 27 miesięcy od daty podpisania umowy.

2.2. KOLEJNE UMOWY REALIZACYJNE - termin dostawy pierwszego wagonu w ramach kolejnej umowy realizacyjnej wynosi nie dłużej niż 21 miesięcy od daty zawarcia umowy. Każdy kolejny wagon dostarczany będzie na podstawie uzgodnionego z Zamawiającym harmonogramu.

Ustalono także, że w rozdziale VII SWZ zamawiający przewidział m.in.:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz którzy spełniają następujące warunki:

- 1.3. sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

Zamawiający wymaga posiadania przez Wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 120.000.000,00 zł (słownie sto dwadzieścia milionów złotych)

Ustalono, że w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przewidział:

5.1.9 Kryteria kwalifikacji

Kryterium:

Rodzaj: Sytuacja ekonomiczna i finansowa

Nazwa: Zamawiający wymaga posiadania przez Wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 120.000.000,00 zł (słownie sto dwadzieścia milionów złotych).

Ustalono także, że w załączniku nr 17 do SWZ (projekt umowy ramowej) zamawiający przewidział m.in.:

§ 3 [Terminy realizacji]

1. Umowa Ramowa zostaje zawarta na okres 4 (czterech) lat.

2. Umowy Realizacyjne wykonywane będą zgodnie z harmonogramem, o którym mowa w § 7 ust. 3 pkt 4 Umowy Ramowej, uwzględniającym wymagane terminy wskazane odpowiednio w ust. 3-4.

3. Wymagane terminy wykonania Pierwszej Umowy Realizacyjnej:

1) odbiorom końcowym będzie podlegać nie więcej niż jeden wagon na tydzień.

2) dostawa pierwszego wagonu nastąpi nie wcześniej niż w 18 (osiemnastym) miesiącu, ale nie później niż w 22 (dwudziestym drugim) miesiącu od podpisania umowy,

3) dostawa drugiego wagonu nastąpi do 3 (trzech) miesięcy od daty dostawy pierwszego wagonu,

4) ostatni wagon zostanie dostarczony do 27 (dwudziestu siedmiu) miesięcy od podpisania umowy.

4. Wymagane terminy wykonania kolejnych Umów Realizacyjnych – termin dostawy pierwszego wagonu w ramach każdej kolejnej Umowy Realizacyjnej wynosi nie dłużej niż 21 (dwadzieścia jeden) miesięcy od daty zawarcia umowy.

Odwołania zasługujące na uwzględnienie.

Jak wynika z art. 112 ust. 1 Pzp, *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że celem warunku udziału w postępowanie jest wyłącznie niedopuszczenie do realizacji zamówienia wykonawcy, który nie gwarantuje należytego wykonania przedmiotu umowy. Warunek powinien pozostawiać w proporcji do celu jego ustanawiania, jakim jest wyłonienie takiego wykonawcy. Powinien zostać ustalony na poziomie minimalnych zdolności, jakie gwarantują osiągnięcie tego celu. Warunek nie może zaś ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu, którego dotyczyło odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3955/23, było wyprodukowanie i dostawa, po zawarciu umowy ramowej na podstawie umów realizacyjnych, nie więcej niż 30 fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych o długości minimum 32 m maksimum 34 m każdy wraz z wyposażeniem i narzędziami specjalnymi oraz usługami i dostawami powiązanymi. Jak wynikało z pkt 5.1.9 ogłoszenia oraz w pkt VII.1.3 SWZ, zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 100.000.000,00 zł. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu obniżenia kwoty wskazanej w warunku do wysokości nieprzekraczającej kwoty 40.000.000,00 zł.

Z kolei przedmiotem zamówienia w postępowaniu, którego dotyczyło odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3957/23 było wyprodukowanie i dostawa, po zawarciu umowy ramowej na podstawie umów realizacyjnych, nie więcej niż 30 fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych o długości minimum 32 m maksimum 34 m każdy wraz z wyposażeniem i narzędziami specjalnymi oraz usługami i dostawami powiązanymi. Jak wynikało z pkt. 5.1.9 ogłoszenia oraz w pkt VII.1.3 SWZ, Zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych w wysokości co najmniej 120.000.000,00 zł. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu obniżenia kwoty wskazanej w warunku do wysokości nieprzekraczającej kwoty 50.000.000,00 zł.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagał fakt, że celem obu postępowań wszczętych przez zamawiającego było jedynie zawarcie umów ramowych. Następnie zaś wykonawcy, z którym zostaną zawarte umowy ramowe, może zostać udzielone zamówienie na wykonanie umów realizacyjnych. Na obecnym etapie nie jest zatem pewne, że czy wykonawcy zostanie udzielone zamówienie, odpowiadające całemu zakresowi umowy ramowej. Zamawiający w pkt 4.3.1. SWZ przesądził bowiem, że *Umowa ramowa nie stanowi zobowiązania dla Zamawiającego do udzielania zamówień w ramach zamówień realizacyjnych.*

Przedmiotem umowy ramowej w sprawie o sygn. akt KIO 3955/23 było wyprodukowanie i dostarczenie, po

zawarciu umowy ramowej na podstawie umów realizacyjnych, nie więcej niż 30 fabrycznie nowych jednokierunkowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych o długości minimum 32 m maksimum 34 m każdy. Z kolei przedmiotem umowy ramowej w sprawie o sygn. akt KIO 3957/23 było wyprodukowanie i dostarczenie, po zawarciu umowy ramowej na podstawie umów realizacyjnych, nie więcej niż 30 fabrycznie nowych dwukierunkowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych o długości minimum 32 m maksimum 34 m każdy.

Jednocześnie jednak zamawiający przesądził w obu postępowaniach, że pierwsza umowa realizacyjna obejmie wyprodukowanie i dostawę co najmniej 10 sztuk wagonów tramwajowych. Natomiast już zawarcie kolejnych umów realizacyjnych, mogących obejmować wyprodukowanie i dostawę pozostałych wagonów tramwajowych, nie więcej niż 20 sztuk, było okolicznością niepewną, którą zamawiający uzależnił od pozyskania przez siebie środków finansowych (por. rozdział II, pkt 3.2. SWZ). Pomimo to zamawiający odniósł warunek do wartości całej umowy ramowej, nie do końca uwzględniając tę specyfikę.

Izba ustaliła także, że wymagany przez zamawiającego w obu postępowaniach poziom zdolności kredytowej lub środków finansowych wymaganych od wykonawcy odbiegał od stosowanych przez innych zamawiających w podobnych postępowaniach. Odwołujący w odwołaniu powołał się na następujące postępowania:

I.p	Numer referencyjny przetargu	Data ogłoszenia	Zamawiający	Przedmiot zamówienia	Wymagania finansowe
1	AL/ 311 /2016	21.09.2016	MPK Poznań	Dostawa wraz z serwisem gwarancyjnym 50 nowych tramwajów niskopodłogowych	16 000 000 PLN
2	DNZ/58/2016	08.02.2017	Tramwaje Warszawskie	123 sztuki fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 90 tramwajów	100 000 000 PLN
3	RZL.26.3.2017	11.05.2017	MPK Częstochowa	zakup i dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	36 000 000 PLN
4	PN/24/2017	18.05.2017	MPK Wrocław	Dostawa 40 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	30 000 000 PLN
5	UE/JRP/B/455/2017	29.07.2017	Tramwaje Śląskie	10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja do 5 sztuk	3 000 000 PLN
6	LZ-281-54/18	30.04.2019	MPK Kraków	Nie więcej niż 60 fabrycznie nowych wagonów tramwajowych	150 000 000 PLN
7	ZIM-DZ.2621.7.2019	29.07.2019	ZIM Łódź	30 sztuk fabrycznie nowych tramwajów	30 000 000 PLN
8	MZK.D-251-14/19	18.12.2019	MZK Toruń	5 fabrycznie nowych tramwajów	10 000 000 PLN
9	KU.241/pn7_2020/AR	29.01.2020	MPK Wrocław	Dostawa 25 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 21 tramwajów	30 000 000 PLN
10	KU.241/pn39_2021/PC	26.07.2021	MPK Wrocław	Dostawa 24 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 16 tramwajów	30 000 000 PLN
11	AL.0140.05.2023	29.03.2023	MPK Poznań	Dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów plus opcja 20 tramwajów	16 000 000 PLN

Przyjmując za punkt wyjścia liczbę tramwajów zamawianych przez poszczególnych zamawiających dostrzeżenia wymagało, że podobny warunek do przyjętego w niniejszych postępowaniach został sformułowany przez Tramwaje Warszawskie. Dostrzeżenia wymagało jednak, że warunek taki został sformułowany dla zamówienia czterokrotnie, a z uwzględnieniem prawa opcji siedmiokrotnie większego.

Z kolei w przypadku zamówień, których przedmiotem było zakupienie 30-40 tramwajów (poz. 4, 7, 9, 10), warunki

formułowane przez innych zamawiających oscylowały najczęściej wokół wartości 30 mln złotych. Pomimo sformułowania warunków na takich poziomach odwołujący był w stanie należycie wykonać zamówienia, o których mowa w pkt 4 wykazu (por. referencje MPK sp. z o.o. we Wrocławiu z dnia 26 czerwca 2020 r. – załącznik do pisma procesowego odwołującego z 17.01.2024 r.), poz. 9 wykazu (por. referencje MPK sp. z o.o. we Wrocławiu z dnia 16.01.2024 r. – załącznik do pisma procesowego odwołującego z 17.01.2024 r.) oraz pozycji 7 wykazu (por. referencje ZIM Łódź z 16.01.2024 r. – załącznik do pisma procesowego odwołującego z 17.01.2024 r.).

W ocenie Izby nie świadczyło o nienależytym wykonaniu zamówienia, o którym mowa w pkt 7 ww. zestawienia fakt, że w trakcie realizacji zamówienia nastąpiła waloryzacja wynagrodzenia. Zamawiający złożył w tym zakresie na rozprawie dowód nr 5 - fotografię ze strony internetowej TransInfo zatytułowaną „Moderusy Gamma dla MPK Łódź okazały się droższe”, z której wynikało, że w okresie realizacji zamówienia doszło do wzrostu wynagrodzenia umownego o ponad 10 mln. Jednakże, jak wyjaśnił odwołujący, w związku z nadzwyczajnymi zmianą warunków realizacji tego zamówienia, wystąpił on faktycznie do ZIM Łódź z roszczeniem o dokonanie waloryzacji wynagrodzenia. W wyniku uwzględnienia przez ZIM Łódź roszczenia odwołującego, wartość wynagrodzenia wzrosła jedynie o 4%. W ocenie Izby nie świadczył o nienależytym wykonaniu zamówienia fakt, że wykonawca w przypadku siły wyższej występuje z zasadnym - jak się okazało - roszczeniem, o nieznaczne podwyższenie wynagrodzenia umownego.

Dostrzeżenia wymagało, że niektórzy zamawiający formułowali warunek na poziomie jeszcze proporcjonalnie niższym, niż obecny zamawiający, a nawet zamawiający, o których mowa w poz. 4, 7, 9, 10 ww. zestawienia. Przykładowo Tramwaje Śląskie przy zamówieniu dotyczącym 15 tramwajów, a więc zakresie odpowiadającym połowie maksymalnego zakresu przedmiotu umów ramowych w obu postępowaniach wszczętych przez obecnego zamawiającego, sformułował warunek udziału w zakresie zdolności kredytowej lub środków finansowych na poziomie jedynie 3 mln zł. Pomimo ukształtowania warunku na takim poziomie, również i to zamówienie zostało przez odwołującego wykonane należycie (por. referencje wystawione przez Tramwaje Śląskie S.A. z dnia 16 stycznia 2024 r. – załącznik do pisma procesowego odwołującego z 17.01.2024 r.).

W odpowiedzi na odwołania zamawiający podniósł, że zestawienie złożone przez odwołującego wskazuje na postępowania toczące się w odmiennej sytuacji gospodarczej niż obecna. Argumentował, że znakomita większość przetargów została ogłoszona w stabilnym otoczeniu gospodarczym. Dodatkowo zamawiający wskazał na zakłócenia w dostępności części, długi okres oczekiwania u producenta lub dostępność komponentów z rynku, ale po znacznie wyższych cenach. Celem wykazania powyższego załączył do odpowiedzi na odwołanie korespondencję prowadzoną przez siebie z dostawcami części. Dodatkowo zamawiający powołał się na fakt, że ze względu na nadzwyczajne okoliczności związane z wystąpieniem epidemii COVID-19 oraz wojny w Ukrainie, dostawca 60 tramwajów wystąpił do niego z roszczeniem podwyższenia ceny o 26% ze względu na poniesienie rażącej straty w związku z realizacją umowy dostawy, wynikającej z nieprzewidzianego wzrostu kosztów realizacji kontraktu na dostawę tramwajów. Celem wykazania powyższego załączył do odpowiedzi na odwołanie opinie.

Uszło jednak uwadze zamawiającego, że przy znacząco niższych poziomach warunków w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, pomimo zmienionego otoczenia gospodarczego wynikającego z pandemii Covid-19 i wojny w Ukrainie i niewątpliwych zawirowań na rynku dostawy części, odwołujący był w stanie jednak należycie wykonać zamówienia z pkt 7 i 9 zestawienia. Co istotne, ofertowanie przez odwołującego miało miejsce przed zaistnieniem omawianych spornych zjawisk, a realizacja zamówień nastąpiła po ich wystąpieniu. Na uwagę zasługiwał także fakt, że jak wynikało z opinii PKO BP z dnia 16 stycznia 2024 r., rachunki posiadane przez odwołującego w ww. banku nie były obciążone tytułami egzekucyjnymi, a wszystkie zobowiązania były spłacane terminowo. Ponadto z opinii PZU S.A. z dnia 16 stycznia 2024 r. wynikało, że odwołujący posiada limit gwarancyjny w wysokości 34 mln zł, a do dnia wystawienia opinii nie zostały zgłoszone jakiekolwiek roszczenia z tytułu gwarancji udzielonych za odwołującego. Z powyższych dowodów wynikało, że należyte wykonanie zamówień przez odwołującego, mimo niesprzyjającego otoczenia gospodarczego, którego nie mógł przewidzieć, nie było dziełem przypadku. Problemy, na jakie napotkał inny wykonawca zamówienia na dostawę tramwajów dla zamawiającego, nie były zatem udziałem odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się także na argument odnośnie wzrostu ceny kluczowych materiałów w wyniku pandemii COVID-19 i wojny w Ukrainie. Odwołujący wykazał jednak dowodami nr 15 złożonymi na rozprawie (wydruki ze stron internetowych bankier.pl oraz trading view), że o ile ceny aluminium i stali faktycznie znacznie wzrosły w początkowym okresie po wybuchu pandemii oraz wojny w Ukrainie, to jednak obecnie cena tych materiałów ustabilizowała się na poziomie zbliżonym do poziomu sprzed wystąpienia tych zjawisk.

Zamawiający w trakcie rozprawy dodatkowo argumentował, że porównywanie sformułowanych przez niego warunków do warunków sformułowanych przez niektórych zamawiających wymienionych przez odwołującego w zestawieniu jest

niezasadne także z innych powodów. Przede wszystkim zamawiający podniósł, że w swych postępowaniach nie przewidział udzielenia wykonawcy zaliczki na poczet realizacji zamówienia. Wskazał, że w postępowaniach, o których mowa w pkt 5, 9, 10 ww. zestawienia, inni zamawiający mogli ukształtować warunek na poziomie proporcjonalnie niższym z uwagi na fakt, że przewidzieli udzielenie wykonawcy zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Celem wykazania ww. faktu zamawiający powołał się:

- a) w przypadku postępowania, o którym mowa w pkt 5 zestawienia, na dowód nr 2 – wzór umowy w ww. postępowaniu,
- b) w przypadku postępowania, o którym mowa w pkt 9 zestawienia, na dowód nr 8 - wzór umowy w ww. postępowaniu,
- c) w przypadku postępowania, o którym mowa w pkt 10 zestawienia, na dowód nr 10 – wzór umowy w ww. postępowaniu.

Odnosząc się do tej argumentacji zamawiającego dostrzeżenia wymagało, że niewątpliwie udzielenie przez instytucję zamawiającą zaliczki na poczet wykonania zamówienia może umożliwić wykonawcy korzystanie z tych środków i zmniejszyć potrzebę angażowania własnych środków finansowych czy potrzebę zaciągnięcia kredytu celem wykonania zamówienia. Izba stwierdziła jednak, że zamawiający zdawał się w swej argumentacji przeceniać znaczenie tego instrumentu. Jak bowiem wykazał odwołujący, możliwość korzystania z zaliczki wiąże się po stronie wykonawcy także z koniecznością ustanowienia zabezpieczenia jej zwrotu. W tym celu praktykowane jest pozyskanie przez wykonawcę gwarancji. Odwołujący złożył dowód nr 16 – oświadczenie swej głównej księgowej, z którego wynikało, że koszt ustanowienia takiego zabezpieczenia kształtuje się na poziomie 2% wartości gwarancji. Wykazał tym dowodem, że przykładowo w przypadku gwarancji, której przedmiotem jest zabezpieczenie zwrotu zaliczki w wysokości 40 mln złotych, koszt prowizji z tytułu udzielenia gwarancji za każdy rozpoczęty trzymiesięczny okres ważności tego zobowiązania wynosi 2,00%, to jest kwartalnie 800.000 zł.

W świetle ww. dowodu Izba stwierdziła, że o ile faktycznie sumarycznie rozwiązanie z zastosowaniem zaliczki jest korzystniejsze dla wykonawcy niż zaciągnięcie kredytu, to jednak wiąże się to po stronie wykonawcy z istotnymi kosztami, które powodują, że nie jest to aż taki istotny element różnicujący postępowania referencyjne od postępowań prowadzonych przez zamawiającego, w których faktycznie zamawiający nie przewidział możliwości udzielenia wykonawcy zaliczki na poczet wykonania zamówienia.

Zamawiający w trakcie rozprawy podniósł także, że niektóre postępowania, o których mowa w zestawieniu odwołującego, są niemiarodajne. Złożył dowody wykazujące kwoty przeznaczone przez instytucje zamawiające na sfinansowanie zamówień z pkt 9 (dowód nr 7), pkt 10 zestawienia (dowód nr 9). Uszło jednak uwadze zamawiającego, że z dowodów tych wynikały jedynie kwoty przeznaczone na sfinansowanie samego zamówienia podstawowego (a więc bez uwzględnienia wartości prawa opcji).

Również z dowodu nr 1 trudno było wnioskować na temat wartości zamówienia z pozycji nr 3 wykazu, gdyż kwota ujawniona w tym dowodzie przez autora artykułu prasowego odnoszona była do dostawy 10 pojazdów. Zamawiający nie dostrzegł jednak, że przedmiotem zamówienia z pozycji 3 wykazu był także zakup do 5 sztuk tramwajów w ramach prawa opcji. Powyższe wynikało z pkt II.2.11 ogłoszenia o zamówieniu (dowód złożony przez odwołującego przy piśmie procesowym z dnia 17 stycznia 2024 r.).

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że przy ocenie proporcjonalności zaskarżonych warunków zamawiający niedostatecznie uwzględnił mechanizmy wykonania umów realizacyjnych i ich finansowania, jakie sam przewidział w treści SWZ.

Jak już wcześniej wskazano, przedmiotem postępowań było zawarcie umów ramowych na dostawę maksymalnie 30 tramwajów w ramach każdej z nich. Ten poziom był jednak maksymalnym zakresem świadczenia. Jednocześnie bowiem zamawiający przesądził, że jeżeli w ramach umowy ramowej będą zawierane umowy realizacyjne, to pierwsza umowa realizacyjna obejmie co najmniej 10 wagonów tramwajowych. Zawarcie zaś dalszych umów realizacyjnych, zamawiający uzależnił od niepewnej okoliczności, jaką było pozyskanie przez niego środków finansowych.

Z postanowień obu SWZ wynikało także, że pierwsza umowa realizacyjna będzie realizowana przy założeniu, że:

- 1) dostawa pierwszego wagonu nastąpi nie wcześniej niż w 18 miesiącu, ale nie później niż w 22 miesiącu od podpisania umowy,
- 2) dostawa drugiego wagonu nastąpi do 3 miesięcy od dostawy pierwszego wagonu,
- 3) ostatni wagon do 27 miesięcy od daty podpisania umowy.

Po drugie zamawiający przewidział, że wynagrodzenie za każdy wagon tramwajowy płatne będzie oddzielnie po

dokonaniu odbioru końcowego każdego wagonu tramwajowego (pkt II.14.2 SWZ), w terminie 30 dni od doręczenia wystawionej na podstawie protokołu odbioru faktury (pkt II.14.4 SWZ).

Dostrzeżenia wymagało również, że nawet w trakcie realizacji pierwszej umowy realizacyjnej zamawiający przewidział zasadę dostarczania maksymalnie jednego wagonu w tygodniu, co wynikało z postanowień § 3 ust. 3 pkt 1 Projektowanych Postanowień Umowy.

Powyższe oznaczało, że zamawiający będzie dokonywał płatności za każdy oddawany wagon odrębnie, zaś odbiór wagonów został rozłożony w czasie. Owszem, produkcja wagonów będzie przebiegała liniowo. Odwołujący wykazał jednak, że kluczowe i najdroższe elementy (takie jak układ napędowy, klimatyzacja, system drzwi) instalowane są na kilka tygodni przed zakończeniem montażu. Z dowodu nr 14 złożonego przez odwołującego (harmonogram produkcji tramwaju trójczłonowego) wynikało bowiem, że z 37 tygodni cyklu produkcyjnego wagonu tramwajowego, w pierwszych 26 tygodniach ponoszone są przez niego koszty stanowiące około 20% całkowitych kosztów produkcji. Pozostałe 80% kosztów przypada zaś na pozostały okres.

Odwołujący wykazał także, że ustalił ze swoimi poddostawcami warunki płatności przypadające na 45-60 dni po dostawie części. Powyższe wynikało z dowodów - oświadczeń poddostawców, załączonych do pisma procesowego odwołującego z 17 stycznia 2024 r.

Odwołujący złożył także na rozprawie dowód nr 14 - harmonogram produkcji 30 tramwajów w okresie 27 miesięcy (a więc z uwzględnieniem niepewnej okoliczności, jaką jest zawarcie umowy realizacyjnej na całość przedmiotu umowy ramowej). Z harmonogramu tego wynikało, że realne jest uzyskanie przez wykonawcę jeszcze w trakcie realizacji umowy płatności za pierwsze z odebranych wagonów, wykorzystując możliwości, jakie zapewnił sam zamawiający i przy uwzględnieniu okoliczności, jakie wykazał odwołujący.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że w świetle całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie zostało wykazane, że zakwestionowane w odwołaniach warunki w zakresie zdolności finansowej sformułowane przez zamawiającego są proporcjonalne do przedmiotu zamówień. Nie zostało bowiem udowodnione, że odnoszą się do minimalnych poziomów zdolności, umożliwiających realizację zamówień.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszeń o zamówieniach oraz SWZ przez obniżenie kwoty wskazanej w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych do wysokości wystarczającej do zapewnienia należytej realizacji zamówienia, tj. odpowiednio w wysokości 40.000.000,00 zł (sygn. akt KIO 3955/23) i wysokości 50.000.000 zł (sygn. akt KIO 3957/23).

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenia Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miały charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do uwzględnienia odwołań. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 3, 4 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły kosztów postępowań, a zatem były postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 i 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanych sprawach stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy Pzp co do zbyt rygorystycznego opisanie warunków udziału w postępowaniu, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób wskazany w pkt 1 i 2 sentencji wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W obu analizowanych sprawach odwołania okazały się zasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty każdego z postępowań odwoławczych składały się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....