

WYROK
z dnia 17 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Warszawską Kolej Dojazdową Sp. z o. o., ul. Batorego 23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki** protestu z dnia **8 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz**.

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Warszawska Kolej Dojazdowa sp. z o.o., ul. S. Batorego 23; 05-825 Grodzisk Mazowiecki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę 14 sztuk nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich dnia 27 maja 2009 roku pod numerem 2009/S 100-144605.

Dnia 5 czerwca 2009 roku (pismo z dnia 4.06.2009 r.), NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, przy ul. Wyspiańskiego 3 – zwany dalej Odwołującym – zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o dokonanie zmiany warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. III.2.3 ogłoszenia oraz w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dnia 8 czerwca 2009 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi, nie przychylając się do wniosku Odwołującego.

Dnia 8 czerwca 2009 roku Odwołujący się wniósł protest wskazując, iż czynnością objętą protestem są postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, tj. pkt. III.2.3 ogłoszenia oraz pkt. 5.1.2 s.i.w.z.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 22 Ustawy w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Powyższe narusza interes prawny Odwołującego, ponieważ oprotestowane czynności Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają udział Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu. z uwagi na niemożność przygotowania oferty i tym samym uzyskania zamówienia. Odwołujący wniósł o zmianę pkt. III.2.3 ogłoszenia oraz pkt. 5.1.2 s.i.w.z. poprzez zastąpienie wymogu wykazania się dostawami *co najmniej 6 sztuk nowych EZT realizujących przewozy kolejowa pasażerskie z prędkością eksploatacyjną co najmniej 80 km/h* wymogiem *wykazania się dostawami 5 sztuk nowych lub zmodernizowanych EZT realizujących przewozy kolejowe pasażerskie z prędkością eksploatacyjną co najmniej 80 km/h.*

3

Uzasadniając wskazał, iż stawiany warunek udziału w postępowaniu w postaci wykazania się dostawami co najmniej 6 sztuk nowych EZT (pkt. III.2.3 ogłoszenia oraz pkt. 5.1.2 SIWZ) narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Warunki, które musi spełnić każdy Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne. określone są w art. 22 ust. 1 Ustawy. Spełnienie tych warunków wykonawca powinien potwierdzić stosownym oświadczeniem lub odpowiednimi dokumentami. Zgodnie z art. 22. ust. 1 Ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: m. in. zgodnie z pkt 2) *"posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia"*. Tymczasem Zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania w tym zakresie poprzez zamieszczenie w ogłoszeniu oraz w SIWZ wymogów, które są sprzeczne z Ustawą. Otóż niedopuszczalnym jest, zdaniem Odwołującego ustalanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem wyłącznie poprzez określenie wymogu wykazania się realizacją dostaw w sposób uniemożliwiający wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcy posiadającemu obiektywną możliwość realizacji zamówienia. Oprotestowany warunek narusza również przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności zaś wynikający z tej ustawy zakaz utrudniania dostępu do rynku. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż rynek dostaw EZT w naszym kraju w całości objęty jest zamówieniami publicznymi. Jest tak z tego względu, iż zamawiającymi są podmioty zobowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jest jakichkolwiek transakcji nie objętych wskazaną procedurą. Zatem każdy producent EZT, aby uzyskać do niego dostęp, już na wstępie zobowiązany jest do posiadania doświadczenia w funkcjonowaniu na tymże rynku. Jest to oczywiście niemożliwe, skoro poza tym rynkiem zamówienia nie są udzielane.

Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1. *"Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców."* Sąd Najwyższy w uchwale z 18 września 2002 r. III CZP 52/2002 (OSNC 2003/6 poz. 79), odnoszącej się do obowiązującej wówczas ustawy, ale w tej części nadal aktualnej, stwierdził, że: *"Z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych: zasada równości (konkurencyjności) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, iż postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny."* Ponadto,

4

zakwestionowane przez Wykonawcę wymogi zostały wprost uznane za niedopuszczalne w orzecznictwie, m. in. w wyroku Zespołu Arbitrów UZP z dnia 24.02.2006r. (UZP/ZO/0-946/06) stwierdzono, iż *"Zamawiający ma prawo do wskazywania konkretnych warunków jakich będzie wymagał od wykonawców mogących brać udział w postępowaniu. Jednakże*

ustalone warunki nie mogą eliminować z postępowania tych Wykonawców, którzy posiadają wystarczające doświadczenie do realizacji zamówienia. lecz nie mogą wykazać się zrealizowaniem zadania ustalonego o wartości. jaką określa Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia".

Odwołujący zwrócił uwagę również i na to, że zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 3 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. 2005 r. Nr 14 poz. 114) *"Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego: 3) którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji".*

Dnia 16 czerwca 2009 roku Zamawiający protest oddalił.

W odpowiedzi na postawione przez Odwołującego zarzuty, Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż żądanie udokumentowania doświadczenia w dostawie nie mniej niż 6 sztuk nowych EZT realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością eksploatacyjną co najmniej 80 km/h nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w procesie ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia. Z uwagi na fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 14 sztuk nowych EZT, w/w warunek udziału w postępowaniu nie jest wygórowany. Zamawiający nie ograniczył dopuszczalnego doświadczenia wyłącznie do dostaw całkowicie takich samych, jak zamawiane. Wymagania zostały sprecyzowane wyłącznie w zakresie wykazania doświadczenia co do ilości EZT (nie mniej niż 6 pojazdów) oraz pożądaney prędkości eksploatacyjnej dla pojazdów (co najmniej 80 km/h). Wymagania te są adekwatne do charakteru i wielkości zamówienia.

Zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem szczegółowości nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i aktami wykonawczymi. Potwierdzają tę tezę wyroki: z dnia 23 lipca 2008 r. sygn. KIO/UZP 702/08 oraz z dnia 04 lutego 2008 r. sygn. KIO/UZP 126/07). Treść w/w wyroków stanowi, iż Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek tak określić warunki udziału w postępowaniu, aby do udziału dopuścić tylko takich Wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia. Wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do wielkości i

5

rodzaju przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 13 maja 2008 r. sygn. KIO/UZP 402/08, z dnia 21 kwietnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 434/09, z dnia 18 grudnia 2007 r. sygn. KIO/UZP 1422/07 uznaje się za warunek wygórowany taki, który określa górną granicę doświadczenia zawodowego znacznie powyżej wartości szacunkowej zamówienia. W niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie ma miejsca, gdyż Zamawiający uznaje za wystarczające wykazanie doświadczenia w dostawie tylko 6 sztuk nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przy zamawianej ilości 14 sztuk nowych EZT. Stanowisko Zamawiającego potwierdzają również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 27 stycznia 2009 r. sygn. KIO/UZP 52/09, z dnia 20 marca 2008 r. sygn. KIO/UZP 204/08 oraz Zespołu Arbitrów z dnia 7 marca 2007 r. sygn. UZP/ZO/0-207/07 potwierdzające, iż Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, że nie wszystkie podmioty działające w tej branży mogą wziąć udział w postępowaniu nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 25 czerwca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią Ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, wyjaśnieniami do niej, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym

w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:

Zamawiający, w Ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III pkt 2.3 postawił warunek dotyczący zdolności technicznej wskazując, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy,

6

k którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, tj. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz udokumentują to poprzez wykazanie należyście wykonanej dostawy dla Zamawiających – nie mniej niż 6 sztuk nowych EZT realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością eksploatacyjną co najmniej 80 km/h.

W celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający żądał wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem przedmiotu (typu EZT), ilości (nie mniej niż 6 szt. nowych EZT realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością eksploatacyjną, co najmniej 80 km/h), dat wykonania i odbiorców – z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik Nr 6 do s.i.w.z. Wykonawca zobowiązany jest do załączenia do oferty dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należyście (np. referencji).

W tym stanie faktycznym, odnosząc się zarzutów naruszenia przepisów art. 7 i art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji skład orzekający uznał powyższe zarzuty za bezzasadne.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w rozstrzygnięciu protestu dotyczące możliwości stawiania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który nie musi gwarantować udziału w postępowaniu wszystkim podmiotom działającym w danej branży. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo zarówno Zespołu Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych.

Warunki udziału w postępowaniu to właściwości wykonawcy, które musi on posiadać, aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki te zostały zdefiniowane w ust. 1 art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przygotowując postępowanie, zamawiający musi określić, w jaki sposób będzie oceniał, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Obowiązek ten wynika między innymi z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien znaleźć się opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz z

7

przepisów określających treść ogłoszenia o zamówieniu, np. przepis art. 41 pkt 7, zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego zawiera opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem adekwatnego do przedmiotu zamówienia stopnia szczegółowości nie jest sprzeczne, wbrew stanowisku Odwołującego się z przepisami Prawa zamówień publicznych. Na podstawie § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający ma prawo wymagać wykazania się wykonaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia – ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję

przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że przy planowanych dostawach na poziomie 14 sztuk nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wymóg legitymowania się doświadczeniem w dostawie nowych zestawów w ilości minimum 6 sztuk nie jest, zdaniem Izby wymogiem wygórowanym. Jednocześnie gwarantuje on Zamawiającemu, iż uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia – wykonawcy - zdolni będą prawidłowo i rzetelnie wykonać zamówienie.

Jednakże Izba zwraca uwagę na fakt, iż doświadczenie w dostarczaniu nowych zespołów trakcyjnych mogłoby zostać udowodnione nawet przy realizacji dostaw w ilości 2 – 3 sztuk, gdyż kwestie bezpieczeństwa, na które powołuje się Zamawiający nie stanowią przesłanki do konieczności stawiania wymogu dostawy większej ilości nowych zespołów trakcyjnych o odpowiedniej prędkości eksploatacyjnej. Jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący się wymogi bezpieczeństwa dotyczące dopuszczenia nowych EZT stanowią pewien etap produkcyjny, po spełnieniu którego wystawiane jest odpowiednie świadectwo dopuszczenia czy też homologacja, umożliwiające bezpieczne korzystanie z przedmiotu zamówienia.

Izba rozpoznaje odwołanie w granicach nim określonych. Fakt zmodyfikowania przez Odwołującego na rozprawie żądania w zakresie nakazania zmiany spornego warunku do wymogu wykazania się dostawą nowych EZT w ilości 2 sztuk i wykreślenie słów *lub zmodernizowanych* nie może wpłynąć na zakres sporu, który obowiązana jest rozstrzygnąć Izba. Tym samym jeżeli przyjąć, że w zakresie ilości dostarczanych nowych zespołów

8

trakcyjnych, koniecznej do spełnienia warunku można uznać, że jest ona możliwa do zaakceptowania, to w zakresie wykazaniem się dostawą zmodernizowanych zespołów trakcyjnych żądania takiego uznać nie można. Charakter zamówienia jasno precyzuje, że przedmiotem zamówienia jest dostawa nowych zespołów trakcyjnych a nie zmodernizowanych co w odniesieniu do obowiązujących przepisów pozwala na stawianie warunku w zakresie tylko dostaw.

Zamawiający dopuszczając warunek doświadczenia w zakresie modernizacji EZT pozbawił by siebie pewności co do doświadczenia wykonawców w dostawach nowych zespołów trakcyjnych, tym samym przedmiotowe zamówienie mogłoby być zagrożone nieprawidłową jego realizacją. Zamawiający wskazał na wymogi techniczne zamawianych zespołów, które muszą odpowiadać np. wysokości peronów, prędkości na łukach, czy też muszą mieć możliwość korzystania z dwóch różnych napięć prądu je napędzającego. Warunku takiego nie spełnia z całą pewnością doświadczenie uzyskane przy modernizacji zespołu trakcyjnych, zwłaszcza, że nie wiadomo jaki zakres modernizacji był przez wykonawcę wykonywany.

Izba zwraca przy tym uwagę na obecną sytuację ekonomiczną i gospodarczą w kraju jak i na świecie, którą Zamawiający winien uwzględnić, opracowując warunki udziału w postępowaniu.

Izba zwraca również uwagę na fakt, iż mówiąc o warunkach udziału w postępowaniu wymaganych od wykonawców, ustawodawca użył zwrotu „*posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie [...] do wykonania zamówienia*”. Można z tego wywieść, że warunki te powinny dotyczyć potencjału wykonawcy tylko w zakresie możliwości zrealizowania przez niego danego zamówienia. Istotne znaczenie ma tu także przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, który zakazuje określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Warunki te nie mogą więc dyskryminować ani preferować wykonawców. Powyższe uwarunkowania, zdaniem Izby Zamawiający częściowo uwzględnił.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 7 oraz art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

9

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do

Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

**niepotrzebne skreślić*