

WYROK
z dnia 9 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 4 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę „Fire-Max” Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. świrki i Wigury 1, 00-906 Warszawa** protestu z dnia 20 sierpnia 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia w sposób podany w uzasadnieniu.**

1

-
- 2. Kosztami postępowania obciążyć Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. świrki i Wigury 1, 00-906 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę „Fire-Max” Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. świrki i Wigury 1, 00-906 Warszawa** na rzecz wykonawcy „Fire-Max” Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy „Fire-Max” Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa.

Uzasadnienie

Zamawiający Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” ul. świrki i Wigury 1, 00-906 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „Dostawa dwóch lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych dla Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie”. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami 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, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241), zwanej dalej w skrócie Pzp.

07.08.2009 r. ukazało się pierwotne ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 150-220052 (upływ terminu na wniesienie protestu 14 dni = 21.08.2009 r.).

20.08.2009 r. (pismo z 11.08.2009 r.) wykonawca „Fire-Max” Sp. z o.o., Warszawa wniósł protest na naruszenie art. 22 w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp.

Protestujący wniósł o wprowadzenie zmian do treści ogłoszenia, tj. dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia – sekcja III.2.3 o brzmieniu „O przedmiotowe zamówienie publiczne mogą

ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują lub będą dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali dostawę przynajmniej 4 (czterech) lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym oraz złożą dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.”.

Argumentacja protestującego:

Wykonawca „Fire-Max” Sp. z o.o. w Warszawie wnosi protest na czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania, które prowadzą do nadmiernego zawężenia kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie.

W punkcie III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający żąda, aby na potwierdzenie zdolności technicznej do wykonania zamówienia wykonawcy wykazali się wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – dostawy przynajmniej 4 (czterech) lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym i złożyli dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.

W treści ogłoszenia zamawiający określił warunek posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym osobami zdolnymi do wykonania zamówienia („O przedmiotowe zamówienie publiczne mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują lub będą dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali dostawę przynajmniej 4 (czterech) lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym oraz przedłożą dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.”).

Określenie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tym samym zamawiającemu nie wolno nadmiernie, bądź też zawężająco interpretować sformułowania – odpowiadające swoim rodzajem.

Powołując się na linię orzecznictwa, można stwierdzić, iż wolą ustawodawcy było objęcie dyspozycją przepisu dostaw, niekoniecznie tożsamych z przedmiotem zamówienia. Sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze”. Stanowisko takie prezentuje również KIO, w wyroku z dnia 18 grudnia 2007 r. (sygn. akt KIO/UZP 1422/07), w którym czytamy, iż określane przez zamawiających

warunki podmiotowe i wymagany sposób ich spełnienia, powinny być odpowiednie do specyfiki zamówienia i nie mogą prowadzić do naruszenia zasad określonych w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych tj. m.in. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wprowadzenie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, tożsamego przedmiotowi zamówienia, nie ma najmniejszego wpływu na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez wykonawcę. Interpretacja postanowień dokumentów postępowania w oderwaniu od przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówień publicznych jest wadliwa. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) nie zawierają definicji pojęcia „dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”.

Odwwołanie na podstawie art. 14 Pzp do przepisów Kodeksu Cywilnego również nie umożliwi interpretacji tego pojęcia, gdyż prawo cywilne wprowadza jedynie podział rzeczy na oznaczone co do tożsamości i co do gatunku. Zasadne jest zatem odwołanie się do

powszechnie przyjętej definicji słownikowej pojęcia rodzaj. Słowo „rodzaj” oznacza „gatunek czegoś wyróżniany ze względu na pewne cechy” (według internetowego Słownika Języka Polskiego wyd. PWN).

Skoro zatem przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch sztuk lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku dla Lotniskowej Straży Pożarnej w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie wraz z kompletną dokumentacją techniczną, to oceniając doświadczenie wykonawców należy odnieść się jedynie do rodzaju pojazdów wskazanych w przedmiocie zamówienia, by uzyskać racjonalną pewność, iż wykonawca, o ile jego oferta zostanie wybrana, będzie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia.

Samochody ratowniczo-gaśnicze z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym stanowią jedynie podgrupę samochodów ratowniczo-gaśniczych przeznaczonych dla lotniskowej straży pożarnej.

Ograniczenie żądania wykazania przez wykonawców doświadczenia tylko w zakresie samochodów z wysięgnikiem jest bezzasadne i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wskazuje na wykonawcę, który może zrealizować zamówienie.

Nietrafna wydaje się decyzja zamawiającego, że oceniając posiadane przez wykonawców doświadczenie należy ściśle odnieść się do przedmiotu zamówienia w

4

rozpoznawanym postępowaniu i analizować je w odniesieniu do wszystkich cech technicznych określonych dla pojazdów ratowniczo-gaśniczych.

Podobne stanowisko przedstawia KIO, w wyroku z 10 czerwca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 517/08) – takie rozumienie doprowadziłoby do umożliwienia ubiegania się o zamówienie jedynie wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w zakresie tożsamego przedmiotu zamówienia, co naruszyłoby nie tylko wskazany przepis rozporządzenia, ale też stanowiłoby warunek ograniczający uczciwą konkurencję. (...) Takie ustalenie warunku udziału w postępowaniu naraziłoby zamawiającego na zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 Pzp i w konsekwencji na groźbę unieważnienia postępowania, co potwierdza zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądów powszechnych.

Istotą spornego postanowienia jest nie tylko określenie tożsamości dostawy z przedmiotem zamówienia, ale również określenie przez zamawiającego minimalnej liczby dostaw, które by owo doświadczenie wykonawcy potwierdzały. Ze względu na wartość zamówienia zamawiający miał obowiązek żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków. W piśmiennictwie oraz orzecznictwie zarysowują się dwie koncepcje dotyczące warunków udziału w postępowaniu.

Według jednej koncepcji warunki są określone wyłącznie w art. 22 ust. 1 Pzp, natomiast konkretyzacji warunków udziału w danym postępowaniu służy opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Druga koncepcja, przeważająca w orzecznictwie piśmiennictwie, wskazuje, że to zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu (np. „Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych”, Agnieszka Kurowska, Mariusz Sarnowski, Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski, UZP, str. 91 i 92 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX Ga 581/06 z 09 stycznia 2007 r.).

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu określił warunki udziału wykonawców powtarzając treść przepisu art. 22 ust. 1 Pzp i doprecyzowując te warunki przez wskazanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, przy pomocy których dokona oceny spełniania.

W ocenie KIO, nie jest żądaniem nadmiernym, gdy warunek określa liczbę dostaw, nawet ściśle odpowiadającą rozmiarowi prowadzonego postępowania (wyrok z 8 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 635/08). Jednakże, w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający liczbę tę podwoił [przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch sztuk lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych, zaś potwierdzeniem spełnienia warunku udziału wykazanie się dostawami przynajmniej 4 (czterech) lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych].

Stanowi to podstawę do stwierdzenia rażącego naruszenia fundamentalnych zasad Prawa zamówień publicznych wymagających równego traktowania uczestników przetargu

5

jak również poszanowania uczciwej konkurencji i uniemożliwia przystąpienie innym wykonawcom samochodów lotniskowych do przetargu.

31.08.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości, gdyż zaniechał rozpatrzenia protestu, co wynika z art. 183 ust. 3 Pzp.

09.09.2009 r. wykonawca „Fire-Max” Sp. z o.o., Warszawa złożył odwołanie wnosząc o uwzględnienie protestu. Odwołujący argumentował swoje stanowisko tak jak w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu i odwołaniu oraz podczas rozprawy wyrażone przez strony, a także biorąc pod uwagę dowód złożony przez zamawiającego w postaci opinii prof. dra hab. inż. Zbigniewa D. na okoliczność zasadności warunków postawionych przez zamawiającego w ogłoszeniu, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp – przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – zasługuje na akceptację.

Zgodnie z postanowieniami sekcji III.2.3 ust. 1 ogłoszenia cyt. „O przedmiotowe zamówienia publiczne mogą ubiegać się wykonawcy, którzy [...] w okresie ostatnich 3 lat [...] wykonali dostawę przynajmniej 4 (czterech) lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym oraz przedłożyą dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.”. Natomiast zakres zamówienia obejmował tylko dwie sztuki lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku.

Skład orzekający Izby stwierdza, że takie postawienie warunku ilościowego, przekraczającego dwukrotnie liczbę zamawianych dostaw nie może być potraktowane jako wyraz dbałości o to, aby wśród wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu nie

znalazły się podmioty dysponujące zbyt nikłym doświadczeniem i potencjałem technicznym do wykonania zamówienia.

Zamawiający jest obowiązany formułować warunki i opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków biorąc pod uwagę szczegółowe uregulowania zawarte w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 przytoczonego rozporządzenia zamawiający może żądać – w celu potwierdzenia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia – wykazu wykonanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. W omawianym przepisie rozporządzenia brak jest określenia możliwości wymagania wykazania określonej ilości wykonanych dostaw. Jednak ta ilość jest wskazana przez wartość, która musi być odpowiadająca wartości zamawianej dostawy (w literaturze i orzecznictwie bardzo często używane jest stwierdzenie „adekwatność warunków do przedmiotu zamówienia”).

W rozpoznawanym przypadku nie może być mowy o odpowiedniości zakresu wartości doświadczenia, które powinno być wykazane w stosunku do wartości zamówienia, gdy zamówienie opiewa na dwa pojazdy ratowniczo-gaśnicze, a od wykonawcy żąda się wykazania doświadczenia nabytego przy dostawie czterech takich pojazdów. Tak znaczne (ilościowo dwukrotne) zwiększenie wartości wykazania doświadczenia w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia może wpłynąć na nieuzasadnione zawężenie kręgu wykonawców mogących być dopuszczonymi do postępowania.

Doktryna i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie odnosiły się do stawiania warunków znacznie przekraczających swoimi granicami przedmiot zamówienia (jak w rozpoznawanym przypadku), gdyż ogólnie za przekroczeniem uprawnień zamawiającego w tych ramach wskazywane jest już postawienie warunków o takim samym zakresie jak przedmiot zamówienia. Zwykle wykonawca nabiera wystarczającego doświadczenia realizując mniejszy przedmiot niż przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający przekroczył swoje uprawnienie formułowania warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny jego spełnienia i zarzut odwołującego jest godny zaakceptowania. Postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania dwukrotnie większego doświadczenia niż przewidywania wielkość zamówienia jest niezgodna z naczelną zasadą zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż w sposób nieuzasadniony eliminuje niektórych wykonawców – zdolnych do wykonania zamówienia – z kręgu podmiotów mogących być dopuszczonymi do udziału w postępowaniu.

7

W związku z tym, zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp i żądaniem odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści sekcji III.2.3 ust. 1 ogłoszenia w postulowanym przez odwołującego zakresie i zastąpienie liczby koniecznych do wykazania zrealizowanych dostaw 4 (czterech) lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych liczbą 2 (dwóch) lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę uchwałę z dnia 18 września 2002 r. Sądu Najwyższego sygn. akt III CZP 52/02, gdzie w szczególności można wyczytać, cyt. „Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. [...] kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.”. Stwierdzenia te w równym stopniu odnoszą się także do stawianych warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny, a nie tylko do kryteriów oceny ofert.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że przedstawione na rozprawie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej były wydane na podstawie innych stanów faktycznych i dlatego nie mogły być wzięte pod uwagę.

Ponadto z przygotowanej specjalnie na okoliczność rozpoznawanego postępowania opinii prof. dra hab. inż. Zbigniewa D. nie wynika, że wykonawca może uzyskać doświadczenie uprawniające go do wykonania zamówienia w zakresie dostawy dwóch pojazdów ratowniczo-gaśniczych dopiero po wykonaniu dostaw czterech takich pojazdów.

Zamawiający naruszył w postępowaniu przepisy art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Z przytoczonych powodów Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

8

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241) 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*