

WYROK
z dnia 9 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 listopada 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG Spółkę Akcyjną, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14** protestu z dnia **19 sierpnia 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Województwu Dolnośląskiemu – Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14 zmianę pkt. III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. V.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zastąpienie wymogu o treści: "Jeśli składać będą swoją ofertę na Zadanie 1 albo na Zadanie 1 i na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z

minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi i co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 100 miejscami siedzącymi stałymi; jeśli natomiast składać będą ofertę tylko na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi" wymogiem o treści: „Jeśli składać będą swoją ofertę na Zadanie 1 albo na Zadanie 1 i na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi i co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 100 miejscami siedzącymi stałymi; jeśli natomiast składać będą ofertę tylko na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi".

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12- 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 **NEWAG Spółkę Akcyjną, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12** na rzecz **NEWAG Spółki Akcyjnej, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **NEWAG Spółki Akcyjnej, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3**

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14 – prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na zakup autobusów szynowych dla Samorządu Województwa Dolnośląskiego wg 2 zadań.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 19 sierpnia 2009 roku wykonawca NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 wniósł protest na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, tj. pkt III.2.3 ogłoszenia oraz pkt. V.1.2 siwz.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 22 ustawy Pzp w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, co narusza interes prawny protestującego, ponieważ oprotestowane czynności zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają udział wnoszącemu protest w przedmiotowym postępowaniu.

Protestujący wniósł o zmianę pkt. III.2.3 ogłoszenia oraz pkt. V.1.2 SIWZ poprzez zastąpienie wymogu o treści: "Jeśli składać będą swoją ofertę na Zadanie 1 albo na Zadanie 1 i na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi i co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 100 miejscami siedzącymi stałymi; jeśli natomiast składać będą ofertę tylko na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi" wymogiem o treści: „Jeśli składać będą swoją ofertę na Zadanie 1 albo na Zadanie 1 i na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi i co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 100 miejscami siedzącymi stałymi; jeśli natomiast składać będą ofertę tylko na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi”.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, iż warunki udziału w postępowaniu winny być zgodne z przedmiotem zamówienia. Zamawiający może żądać doświadczenia w wykonaniu dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. W doktrynie przyjmuje się, iż zalecenie to należy rozumieć w ten sposób, że dostawa tego samego rodzaju, to dostawa należąca do tej samej grupy zgodnie z definicjami zawartymi we

3

Wspólnym Słowniku Zamówień - CPV (Emil Norek, "Prawo zamówień publicznych. Komentarz," komentarz do art. 22). W orzecznictwie sądów przyjęte zostało, iż zamawiający nie może ustanawiać poprzez wprowadzanie dodatkowych zastrzeżeń ponad definicję CPV (tak m. in. w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dn. 20.03.2009r., VIII Ga 58/09). W szczególności zaś nie jest uprawnionym żądanie wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w dostawach identycznych z przedmiotem zamówienia, a jedynie odpowiadających im swoim rodzajem.

Stanowisko to uzasadnione jest tym, iż zgodnie z przepisami ustawy Pzp zamawiający może żądać wykazania się doświadczeniem niezbędnym dla wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest uprawniony do dowolnego kształtowania wymogów dotyczących udziału w postępowaniu. Zamawiający uprawniony jest jedynie do wprowadzenia wymogów eliminujących z postępowania podmioty, które zamówienia nie będą w stanie wykonać z powodu braku niezbędnego doświadczenia.

Tymczasem w niniejszej sprawie zamawiający wprowadził dalej idące ograniczenie.

Ograniczenie to polega na dodaniu wymogu wykazania się dostawami ściśle określonego typu pojazdów szynowych, podczas gdy z kodu CPV (34620009) wynika jedynie, iż rodzaj przedmiotu zamówienia dotyczy dostaw taboru kolejowego, bez wskazania konkretnych typów tegoż taboru. Poprzez takie działanie Zamawiający eliminuje z postępowania m. in. protestującego, który posiada doświadczenie w dostawach pasażerskich pojazdów trakcyjnych, w tym również o znacznie większym stopniu skomplikowania technicznego niż autobusy szynowe, jednakże nie identycznego z przedmiotem zamówienia.

Protestujący stwierdza, iż wprowadzone przez zamawiającego ograniczenia nie znajdują jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia. Otóż autobusy szynowe nie stanowią produktu na tyle specyficznego, aby wymagać od dostawców doświadczenia akurat w dostawach tego typu pojazdów. Pojazd ten jest jedynie jednym z typów pasażerskiego pojazdu trakcyjnego (tj. pojazdu posiadającego własny napęd). Innym typem, jakkolwiek co do zasady konstrukcji bardzo zbliżonym, są np. elektryczne zespoły trakcyjne (EZT), których dostawcą jest protestujący. Różnica pomiędzy tymi pojazdami polega głównie na tym, że EZT jest pojazdem większym (z możliwością przewiezienia większej niż autobus szynowy liczby pasażerów), o prędkościach eksploatacyjnych często znacznie przewyższających te stosowane w autobusach szynowych. Z tych też względów wymagania technologiczne dla producentów EZT są znacznie wyższe niż dla producenta autobusu szynowego.

Wprowadzenie zaproponowanej przez protestującego zmiany postanowień ogłoszenia oraz SMW z jednej strony umożliwi udział w postępowaniu wykonawcy posiadającemu doświadczenie w dostawach pasażerskich pojazdów trakcyjnych, z drugiej zaś chronić będzie interes zamawiającego poprzez wyeliminowanie wykonawców, którzy nie dostarczyli odpowiednio dużych jak i nie posiadających własnego napędu pojazdów.

4

W świetle powyższego protestujący stwierdza, iż poprzez wprowadzenie oprotestowanego wymogu zamawiający eliminuje z kręgu wykonawców te podmioty, które posiadają doświadczenie niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia (a nawet posiadają doświadczenie niezbędne dla realizacji bardziej skomplikowanych technicznie pojazdów szynowych), jednakże nie wykonali dostawy identycznej z przedmiotem zamówienia. Działanie takie w ocenie protestującego narusza wskazane przepisy ustawy Pzp.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2009 roku zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu wskazał, iż warunki udziału w postępowaniu winny być zgodne z przedmiotem zamówienia. Warunki udziału określone przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu są zgodne z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wymaga od wykonawców, by wykazali się zrealizowaniem dostawy przynajmniej jednego pojazdu o zbliżonych pojemnościach wobec pojazdów objętych przedmiotem zamówienia, a także o określonym rodzaju napędu, co wiąże się ze specyfiką rozwiązań, jakie winny być zastosowane w pojazdach z napędem spalinowym. Dodał również, że obowiązujące przepisy prawa uprawniające zamawiającego do żądania od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne wykazania się doświadczeniem w wykonaniu dostaw odpowiadających nie tylko swoim rodzajem, ale i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. W niniejszym postępowaniu zamawiający wymaga, by wykonawca wykazał się jedynie dostawą odpowiadającą rodzajowo przedmiotowi zamówienia, nie wymaga natomiast by dostawa opiewała na określoną wartość. Poprzez tak określone wymogi zamawiający chce mieć pewność, że wykonawca przystępujący do przedmiotowego postępowania zajmował się uprzednio takim rodzajem taboru kolejowego, jakim są autobusy szynowe. Zmiana omawianego wymogu, czyli dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy uprzednio nie mieli do czynienia z autobusem szynowym, czyli nie zrealizowali nawet jednej dostawy tego rodzaju pojazdu kolejowego, mogłaby doprowadzić do sytuacji, w której zaoferowano by autobusy szynowe będące prototypami. Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w wyroku z dnia 23 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 702/08, stwierdziła, 11 w jej ocenie określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wysokiego stopnia szczegółowości nie jest sprzeczne z przepisami prawa zamówień publicznych i aktów wykonawczych. (...) W przepisach Prawa zamówień publicznych nie określono stopnia szczegółowości, z jakim zamawiający powinien opisać warunek udziału; stopień ten zależy od przedmiotu zamówienia i powinien być dostosowany do jego charakteru. (...)nie można uznać, że szczególne, lecz dostosowane do przedmiotu zamówienia, wymagania Zamawiającego ograniczają uczciwą konkurencję". Nie bez

znaczenia jest również zobowiązanie wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, zgodnie z § 1 ust. 4 wzoru umowy dla każdego z zadań, do

5

przeszkolenia (instruktażu) pracowników przewoźnika wskazanego przez zamawiającego z zakresu obsługi, utrzymania i konserwacji autobusów szynowych, które to szkolenie składać się będzie z części zarówno teoretycznej, jak i praktycznej. Wykonawca winien wobec tego mieć doświadczenie wynikające z realizacji choć jednej dostawy autobusu szynowego. Stwierdzenie zatem, że tak zminimalizowane wymogi odnośnie doświadczenia wykonawców naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest co najmniej nieuprawnione, nie znajduje także odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa w sprawach z zakresu zamówień publicznych, 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 przesłubiły wykonawcy niezdadni do realizacji zamówienia," (Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 857/09; podobnie w wyroku z dnia 23 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/U2P 702/OS).

Protestujący podaje za jednym z komentarzy do ustawy, że dostawa tego samego rodzaju, to dostawa należąca do tej samej grupy według klasyfikacji Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Zamawiający przykładowo wskazał, iż w tej samej grupie CPV znajdują się takie produkty jak: opony do wózków inwalidzkich, odzież medyczna, opatrunki, paski odczynnikowe, rozruszniki serca, komory hiperbaryczne, aparatura rentgenowska, albuminy, ale i krew ludzka oraz organy ludzkie. Wobec tego słusznym wydaje się stwierdzenie, że posługiwanie się w sposób formalistyczny i sztywny przyjętą metodologią określania rodzaju dostawy, bez odniesienia do szczegółów związanych z konkretnym przedmiotem zamówienia, nie jest właściwe.

Zamawiający podkreślił, że nie zawsze kody CPV pozwalają na wskazanie wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia – najistotniejszy jest opis dokonany przez zamawiającego. Klasyfikacja CPV pozwala na ukierunkowanie wykonawców co do wskazań związanych z przedmiotem objętym danym zamówieniem publicznym. Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest tabor kolejowy w postaci szczególnego rodzaju pojazdów kolejowych, jakim są autobusy szynowe o napędzie spalinowym i wymaga, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się doświadczeniem związanym z tym konkretnym rodzajem pojazdów taboru kolejowego.

Protestujący stwierdził, że wprowadzone przez zamawiającego ograniczenia odnośnie doświadczenia wymaganego przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, nie mają żadnego merytorycznego uzasadnienia, gdyż autobusy szynowe nie stanowią produktu na tyle specyficznego, aby wymogi realizacji jednej dostawy tego typu stawiać. Protestujący proponuje rozszerzenie wymagań związanych z doświadczeniem do pojęcia „pasażerskiego pojazdu trakcyjnego”.

6

Zgodnie z przyjętą nomenklaturą pojęcie „pasażerski pojazd trakcyjny” może oznaczać lokomotywę przeznaczoną do prowadzenia pociągów pasażerskich, zespół trakcyjny, wagon motorowy lub autobus szynowy. Zastosowanie tak ogólnej definicji, jaką jest „pasażerski pojazd trakcyjny” uniemożliwiłoby zamawiającemu jednoznaczną ocenę, czy wykonawca jest w stanie dostarczyć w przewidzianym czasie pojazd, którego specyfika została również potwierdzona w obowiązujących przepisach, m.in. w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 roku w sprawie zakresu badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1772 ze zm.). W ww. rozporządzeniu następuje wyraźne rozróżnienie typów pojazdów kolejowych na pojazdy trakcyjne i na pojazdy trakcyjne, w których należy sprawdzić warunki podróżowania pasażerów (§ 4 pkt 1 lit. u), tj. zespoły trakcyjne, wagony silnikowe i autobusy szynowe.

Zakres kontroli warunków podróżowania, które określa przywołane rozporządzenie wyraźnie wskazuje, że jednym z istotnych warunków jest poziom drgań mechanicznych pod

względem oddziaływania na organizm ludzki i komfort jazdy. Z innych istotnych elementów podlegających kontroli należy wymienić: hałas słyszalny, mikroklimat pomieszczeń, poprawność rozwiązań decydujących o bezpieczeństwie przewozu osób oraz poprawność rozwiązań związanych z ochroną środowiska.

Protestujący wyraża także pogląd, iż doświadczenie w dostawach elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) jest wystarczające, aby spełnić kryteria udziału w postępowaniu określone w SIWZ, jako że EZT to pojazdy o bardzo zbliżonej konstrukcji do konstrukcji autobusów szynowych. Według protestującej różnice pomiędzy EZT a autobusem spalinowym polegają na tym, że EZT jest pojazdem większym, o prędkościach eksploatacyjnych często znacznie przewyższających te stosowane w autobusach szynowych.

Zamawiający nie zgadza się z powyższym stwierdzeniem, ponieważ konstrukcje pojazdów o napędzie spalinowym oraz elektrycznym (w tym EZT) są w zasadniczych elementach całkowicie odmienne, zaś elementy te mają bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo i ochronę środowiska.

Napęd spalinowy ze względu na pracę silnika spalinowego powoduje zwiększenie drgań, które wpływają na konstrukcję pudła pojazdu oraz oddziałują na warunki podróżowania pasażerów, na tory i inne obiekty kolejowe, np. mosty, wiadukty. W przeciwieństwie do elektrycznych pojazdów trakcyjnych EZT, pojazd spalinowy musi posiadać zbiornik paliwa, którego wykonanie i umocowanie nie może powodować zagrożenia pożarowego i ujemnie oddziaływać na środowisko. W przypadku zdarzeń lub wypadków kolejowych instalacja paliwowa nie może stwarzać zagrożenia pożarowego, w tym

7

szczególnie dla pasażerów i obsługi. Pojazdy typu autobus szynowy o napędzie spalinowym oraz EZT różnią również inne elementy konstrukcyjne, np. sposób przenoszenia napędu, sposób chłodzenia silników, który w autobusach szynowych ze względu na zastosowanie chłodzenia cieczą wymaga innej instalacji niż w przypadku EZT, gdzie chłodzenie odbywa się powietrzem atmosferycznym. Protestujący pomija jednak fakt, że zasadniczą różnicą jest rodzaj zastosowanego napędu. Zamawiający jasno określił, że pojazd musi mieć napęd spalinowy, gdyż będzie on użytkowany na liniach niezelektryfikowanych. Ponadto określił rodzaj pojazdu – „autobus szynowy” – ponieważ trasy, na których będzie on wykorzystywany nie są liniami o dużym potencjale przewozowym i zastosowanie dużych pojemnych jednostek byłoby nieekonomiczne i mało oszczędne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp zamawiający przywołał wyroki zespołów arbitrów i KIO, w tym wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 roku (KIO/UZP 857/09), wyrok ZA z dnia 7 marca 2007 roku (UZP/ZO/0-207/07) itp. Stwierdził też, że powołał do przygotowania i przeprowadzenia postępowania osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm oraz że przygotował i prowadzi postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Zamawiający nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 22 ust.1 ustawy Pzp. Przywołał wyroki KIO z dnia 27 stycznia 2009 roku (KIO/UZP 52/09) oraz z dnia 13 maja 2008 roku (KIO/UZP 402/08). Stwierdził ponadto, że nie naruszył wynikającego z art. 22 ust. 2 ustawy zakazu określania warunków udziału w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Pismem z dnia 9 września 2009 roku złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego NEWAG S.A. złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście. Ponadto wniósł o ewentualne wykreślenie spornego warunku udziału w postępowaniu. Jako kolejny argument na uzasadnienie swego stanowiska wskazał, iż utrzymanie wymogu doświadczenia w takiej postaci, jak chce to zamawiający spowoduje, iż w przedmiotowym postępowaniu będzie mógł wziąć udział jedynie wykonawca pod firmą Pojazdy Szynowe PESA S.A.

W dniu 4 listopada 2009 roku odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 2 listopada 2009 roku, w którym podtrzymał dotychczas prezentowane stanowisko a ponadto wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność zamawiającego, będąca przedmiotem protestu i odwołania, uniemożliwia bowiem odwołującemu się wzięcie udziału w postępowaniu i ewentualne uzyskanie zamówienia.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiają pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w granicach art. 22 ust. 1 ustawy – Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji

Analiza powyższego pozwala na przyjęcie, iż to do zamawiającego należy wybór, jakie warunki postawić wykonawcom, aby przekonać się, czy będą oni w stanie wykonać zamówienie. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym

rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*str. 113).

Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, sam decyduje o „niezbędności” czy „dostateczności”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. I które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia i z punktu widzenia zamawiającego. Zgodnie jednak z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza ich niezbędną minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia.

W myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) w celu potwierdzenia, opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swym rodzajem i wartością dostawom stanowiącym

przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiot, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż tylko wykonanie przez wykonawcę dostawy autobusu szynowego z napędem spalinowym świadczy o doświadczeniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia. W szczególności nie sposób przyjąć, iż dostawa autobusu szynowego z napędem spalinowym tylko wówczas odpowiada **rodzajem** innej dostawie, gdy przedmiotem tej drugiej jest dostawa tego samego typu pojazdu. Samo pojęcie „rodzaj” w ocenie Izby ma charakter znacznie ogólniejszy, uprawniający do przyjęcia, iż dostawa pasażerskich pojazdów trakcyjnych odpowiada rodzajowo przedmiotowi zamówienia.

Przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie „odpowiadające rodzajem” w odniesieniu do dostaw autobusów szynowych z napędem spalinowym. Zawarta w „Małym słowniku języka polskiego” pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa „rodzaj” jako „coś (ktoś) podobne do czego (kogo). Tym samym przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko dostaw tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).

Zarówno autobusy szynowe, jak i elektryczne pojazdy trakcyjne to pojazdy szynowe z własnym napędem. Izba nie neguje faktu istnienia różnic technicznych i konstrukcyjnych

10

pomiędzy pojazdami, co wynika między innymi ze złożonej przez zamawiającego opinii z dnia 30 października 2009 roku dotyczącej specyficznych cech konstrukcyjnych i eksploatacyjnych pojazdów szynowych. Niemniej jednak pojazdy te wykazują cechy wspólne uzasadniające zakwalifikowanie ich jako odpowiadających sobie pod względem rodzaju.

W ocenie Izby określenie spornego warunku udziału w postępowaniu może wyeliminować z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają co prawda takiego doświadczenia, jakiego wymagał zamawiający, niemniej jednak legitymują się doświadczeniem gwarantującym należyte wykonanie zamówienia. W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowoczesnych pojazdów szynowych, nie mają kompetencji do produkcji autobusów szynowych o napędzie spalinowym w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albowiem zarzut ten pojawił się dopiero w treści pisma procesowego odwołującego się z dnia 2 listopada 2009 roku. Zgodnie zaś z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, orzekła jak w sentencji wyroku stosownie do treści art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

11

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 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....