

WYROK
z dnia 9 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Avista Sp. z o.o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 33** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „**Koleje Mazowieckie – KM**” Sp. z o.o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Avista Sp. z o.o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 33 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Avista Sp. z o.o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 33,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Avista Sp. z o.o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 33** na rzecz „**Koleje Mazowieckie – KM**” Sp. z o.o., 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1,

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający - „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – „Dostawa (leasing) 400 szt. terminali mobilnych (fabrycznie nowych przenośnych mobilnych stanowisk kasowych, zwanych dalej terminami mobilnymi, stanowisk obsługi gniazda konduktorskiego, wraz z oprogramowaniem i licencją na czas nieokreślony na zainstalowane oprogramowanie we wszystkich urządzeniach i stanowiskach obsługi gniazda konduktorskiego, umożliwiającą korzystanie z oprogramowania na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej)”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zamieszczone zostało w Dz. Urz. UE z dnia 15 października 2010 r. nr 1010/S 201-307078.

W dniu 25 października 2010 r. wykonawca Avista Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia – pkt III.2.1) ppkt 2) „Warunki udziału” w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, które zamawiający opisał następująco: „Wykonawcy winni udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedną dostawę na nie mniej niż 200 szt. terminali mobilnych, odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu o wartości co najmniej 1 500 000 PLN netto.”

Zarzucił, że konkretyzacja warunku przez wskazany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku, narusza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 4, art. 25 ust. 1 zd. 1 w zw. z art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie Pzp. Stwierdził, że postawienie warunku doświadczenia w zakresie, który nie jest niezbędny dla wykazania możliwości wykonania zamówienia, powoduje nieuzasadnione ograniczenie uczciwej konkurencji oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, które uniemożliwia odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty. Zatem, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołujący może ponieść szkodę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania ogłoszenia o zamówieniu pkt III.2.1) ppkt 2) w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji i umożliwi odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, tj. przez nadanie opisowi sposobu oceny spełniania warunku odnośnie doświadczenia następującej treści: „Wykonawcy winni

3

udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia przez wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej dostawy na nie mniej niż łącznie 200 szt. terminali mobilnych z oprogramowaniem dla rynku kolejowego”.

Zdaniem odwołującego, postawiony warunek udziału w postępowaniu jest sformułowany w sposób niejasny i nieprecyzyjny i daje możliwość interpretacji w sposób nadmierny.

Narusza szereg przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym stwierdzono, m.in., że „zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza niezbędne minimum warunków udziału w postępowaniu, uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem...)” - wyrok z dnia 9 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1379/09. Podobnie w wyroku z dnia 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 916/09.

Stwierdził, że zamawiający sformułował warunek w ten sposób, że tylko wykonawca, który dostarczył we wskazanym czasie:

- 1) 200 szt. terminali w ramach jednej umowy (zamówienia),
- 2) za wynagrodzeniem co najmniej 1 500 000 zł,
- 3) terminale mobilne odpowiadające przedmiotowemu zamówieniu

(trzy elementy występujące łącznie), jest w stanie wykazać posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Podniósł, że wymóg, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dostarczył co najmniej 200 szt. terminali w ramach jednej umowy jest nadmierny, gdyż doświadczenie wykonawcy, który dostarczył 200 szt. sprzętu w ramach kilku umów, nie różni się od doświadczenia wykonawcy, który takie dostawy wykonał w ramach jednej umowy w tym samym czasie.

Proporcjonalność warunku, według stanowiska odwołującego, należy oceniać przez pryzmat właściwego rynku odbiorców terminali mobilnych, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, a więc przeznaczonych do obsługi sprzedaży biletów kolejowych (liczba odbiorców na rynku jest ograniczona). Podniósł, że zgodnie z najlepszą jego wiedzą, obok zamawiającego, są to PKP Intercity na terenie Polski, na terenie Europy - SNCF we Francji i Deutsche Bahn w Niemczech. Każdy z przewoźników zamawia terminale zgodnie ze swoimi potrzebami, w tym w partiach mniejszych niż 200 szt., np. zamawiający w latach 2006 - 2009

4

był odbiorcą dostawy (leasingobiorcą) terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem w ilości 160, a w następnej partii w ilości 12 (łącznie 172 szt.).

Postawienie więc warunku w zakresie ilości dostarczanego sprzętu w ramach jednej umowy,

nie służy sprawdzeniu jakiejkolwiek umiejętności wykonawcy. Porównywalne jest doświadczenia polegające na prawidłowym wykonywaniu dostaw dla kilku podmiotów jednocześnie w określonym przez zamawiającego czasie, z wykonaniem jednej dostawy. Postawiony warunek udziału w postępowaniu powinien być interpretowany zgodnie z praktyką wynikającą z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH, gdzie zostało stwierdzone, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie). Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może skutkować udaremieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję.

Dlatego uznał, że postawienie warunku wykazania się co najmniej jedną dostawą na nie mniej niż 200 szt. terminali mobilnych, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu tych wykonawców, zwłaszcza krajowych, którzy są w stanie dostarczyć terminale mobilne i mogą poszczycić się należytych wykonaniem ich, tyle że u kilku dostawców o łącznej ilości min. 200 szt.

Podał, że w „Wynikach kontroli przeprowadzonych w 2009 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej” wielokrotnie jako uchybienia wskazywano stawianie nadmiernych warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawców. Wskazano uchybienie w sytuacji, gdy w postępowaniu na dostawę 8 pojazdów, zamawiający wymagał wykazania się dostawą takiej samej liczby (8) pojazdów. „W opinii Prezesa Urzędu nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu 8 pojazdów, niezbędnym jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby (8) tych pojazdów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju pojazdów, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich pojazdów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Te czynniki natomiast nie są zależne od ilości dotychczas wykonanych pojazdów, gdyż można je wykazać już po jednorazowej realizacji i dostawie wymaganego pojazdu. (...) Wobec powyższego, wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji takiej samej liczby (8) wieloczlonych pojazdów do wykonywania pasażerskich przewozów regionalnych, jak w udzielanym

zamówieniu, należy uznać za warunek nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy wykonali mniejszą liczbę takiego rodzaju pojazdów. Wymóg taki prowadził zatem do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Odwołujący stwierdził, że podobnie jest w bieżącym postępowaniu. Wykonawca mający doświadczenie w dostawie mniejszej ilości terminali mobilnych byłby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, gdyż ma techniczną wiedzę i umiejętności do dostarczenia takich terminali, jakie są przedmiotem zamówienia.

Nadmierny i nieuzasadniony, w ocenie odwołującego, jest również warunek wykazania się realizacją jednej umowy na kwotę min. 1 500 000 zł netto. Zamawiający określił zakres wymaganego doświadczenia ilością dostarczanych terminali - 200 szt. Bez znaczenia zatem, jest kwota wynagrodzenia, jaka przysługiwała wykonawcy z tytułu wykonanych umów. Wymóg dotyczący wartości dostarczonych terminali mobilnych jest niepotrzebnym dublowaniem warunku dotyczącego ilości terminali mobilnych. Zasadą jest warunek ilościowy albo wartościowy w zakresie doświadczenia, gdyż są one wzajemnie zastępowalne, wykazują bowiem, że wykonawca zrealizował zamówienia odpowiedniej wielkości.

Również warunek, co najmniej jednej dostawy na nie mniej niż 200 szt. terminali mobilnych, odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu o wartości, co najmniej 1 500 000 PLN netto jest nieprecyzyjny i niejasny.

Zamawiający nie wskazał, czy przy ocenie będą brane pod uwagę dostawy tylko terminali posiadających takie same funkcjonalności, jak będące przedmiotem zamówienia i tylko dostarczane dla przewoźników kolejowych, czy też każde terminale mobilne, w tym terminale

bez oprogramowania kasowego, które jest kluczowym elementem służącym do weryfikacji doświadczenia.

Uznał, że jeżeli wykonawca ma wykazać się dostawą stanowisk kasowych wraz z oprogramowaniem, to warunek powinien dotyczyć dostawy mobilnych stanowisk kasowych wraz z oprogramowaniem dla rynku kolejowego. Wskazanie dostaw w obrębie sektora kolejowego jest istotne z punktu widzenia zamawiającego, stwierdził odwołujący, gdyż przedmiot zamówienia jest ściśle związany z prowadzoną przez zamawiającego działalnością gospodarczą. Fakt, że na rynku istnieją inne podmioty mogące wykazać się dostawą mobilnych stanowisk kasowych, nie oznacza, że te same podmioty są w stanie dostarczyć oprogramowanie dostosowane do bardzo specyficznych potrzeb zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie przyznał racji odwołującemu, wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że skonkretyzowany wymóg nie jest nadmierny, bądź nieuzasadniony, jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, zatem nie narusza zasady

6

równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Uznał, że nie jest dopuszczalne sumowanie zrealizowanych dostaw, gdyż nie potwierdza to doświadczenia porównywalnego z realizacją przedmiotu zamówienia. Powołując się na orzecznictwo - Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 maja 2009 r. sygn. akt XII Ga 143/09 oraz KIO i ZA wskazał, że zamawiający nie ma obowiązku nabycia dostaw oferowanych przez wszystkie podmioty obecne na rynku, w szczególności przez te, które nie mogą wykazać się doświadczeniem w dostawach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia. Zamawiający ma także prawo opisać przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, a fakt, że nie wszyscy wykonawcy z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu, nie potwierdza, że podjęte czynności naruszają zasadę uczciwej konkurencji.

Ponadto podniósł, że nie ogranicza wymagań w zakresie doświadczenia wyłącznie do sektora kolejowego lub dostawców krajowych, co jednoznacznie wynika z opisu. Stąd, w ocenie zamawiającego, wniosek odwołującego, by dostawa terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem dotyczyła rynku kolejowego, jest niedopuszczalny, gdyż ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom spoza tego rynku.

Uznał również za niezasadny zarzut dotyczący wartości terminali jako wymóg dublujący ilość. Powołał się na przepisy § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem, że warunek odnoszący się do przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i niejasny. Powołał się na opis przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu i siwz i stwierdził, że stworzenie oprogramowania na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej w odniesieniu do przedmiotu działalności, nie ogranicza wykonawców wyłącznie do rynku kolejowego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc odwołanie, gdyż w razie wykazania naruszenia przepisów ustawy powodującego nieuzasadnione ograniczenie uczciwej konkurencji oraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców - przez treść ogłoszenia o zamówieniu w zakwestionowanej części, mógłby ewentualnie mieć, jak sam wskazał, możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Skład orzekający Izby miał na uwadze, że warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowych wykonawcy, których niespełnienie powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Pozytywne warunki udziału w postępowaniu określone zostały

7

w art. 22 ust. 1 Pzp. Stosownie do właściwości przedmiotu zamówienia, zamawiający dokonuje konkretyzacji warunków przez opisanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, sposobu dokonania oceny spełniania warunków (art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7, art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp). Przepis art. 22 ust. 4 Pzp stanowi, że opis

sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powiązanie opisu z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnością należy oceniać, zgodnie ze stanowiskiem UZP (opracowanie – „Legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, przystąpienie, opozycja”, Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r. pod redakcją Jacka Sadowego), przez pryzmat celu, jakiemu ma warunek służyć. Opis ma służyć zamawiającemu w zapewnieniu, iż dokona wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Dokonany opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego (str. 16).

Wiedza i doświadczenie (art. 22 ust. 1 pkt 2), w przedmiocie spełniania warunku, weryfikowane jest w oparciu o dotychczas realizowane zamówienia. Istotniejszym czynnikiem jest wiedza. Nabyte doświadczenie, co do zasady wskazuje na posiadanie wiedzy niezbędnej do wykonywania danego zamówienia publicznego. Weryfikacji spełniania warunku wiedzy i doświadczenia służą odpowiednie wykazy dostaw (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia dotyczącego wymaganych dokumentów), str.18 opracowania.

O niezbędności dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku (art. 25 ust. 1 Pzp), co do zasady decyduje zamawiający. Zakres żądanych dokumentów uzależniony jest od wartości zamówienia. Wartość zamówienia równa lub przekraczająca kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zobowiązuje zamawiającego do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 1 Pzp). Zakres dokumentów jakich zamawiający może żądać określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, co oznacza, że zamawiający nie może w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane w rozporządzeniu. Zgodnie z § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia, zamawiający żąda (ze względu na wartość zamówienia) wykazu wykonanych lub wykonywanych (świadczenia okresowe lub ciągłe) dostaw (...) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (...).

W ustalonym stanie faktycznym, w cenie składu orzekającego Izby, zamawiający był uprawniony do opisanego sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału

wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości zamówienia w kwocie 3 680 000 zł netto (co stanowi równowartość 958 582,96 euro) w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sposób zamieszczony w pkt III.2.1) ppkt 2) ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołanie zostało wniesione wyłącznie wobec treści ogłoszenia.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt II.1.1) i II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu, jest dostawa (leasing) 400 szt. terminali mobilnych (fabrycznie nowych przenośnych mobilnych stanowisk kasowych, zwanych dalej terminami mobilnymi, stanowisk obsługi gniazda konduktorskiego, wraz z oprogramowaniem i licencją na czas nieokreślony na zainstalowane oprogramowanie we wszystkich urządzeniach i stanowiskach obsługi gniazda konduktorskiego, umożliwiającą korzystanie z oprogramowania na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej).

Zatem, wiedza i doświadczenie wymagane od potencjalnych wykonawców, wykazane przez zrealizowanie dostaw, które ilościowo stanowią połowę przedmiotu zamówienia (wymaganych 200 szt. terminali odpowiadających przedmiotowi zamówienia, przy 400 szt. terminali stanowiących przedmiot zamówienia) i o wartości co najmniej 1 500 000 zł, która stanowi około 40% wartości zamówienia (3 680 000 zł netto) oraz odniesienie opisu zrealizowanych dostaw do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia, nie narusza adekwatności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 22 ust. 4 Pzp. Opis odnoszący się do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów Pzp.

Istota wymagań zamawiającego sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania zamówienia jednorazowo, w ilości i wartości opisanej w ogłoszeniu, gdzie znaczenie ma organizacyjna zdolność zrealizowania dostawy.

Podkreślić należy, że w toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP, na której wyniki powołuje się odwołujący, zamawiający żądał doświadczenia w dostawach odpowiadających ilościowo przedmiotowi zamówienia (8 pojazdów zamawianych i wymagane doświadczenie w zakresie 8. pojazdów zrealizowanych). Nie można więc wskazanego stanu faktycznego odnieść do obecnie ocenianego postępowania. Wymóg doświadczenia odpowiadającego w 100% przedmiotowi zamówienia, był również przedmiotem krytyki w orzecznictwie sądów okręgowych.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę zachowania uczciwej konkurencji przez utrudnienie dostępu do zamówienia wykonawcom, poza trzema wskazanymi w odwołaniu. Wyjaśnił jednoznacznie, że z uwagi na opis jednorazowej dostawy w ilości 200 szt. terminali mobilnych o wskazanej minimalnej wartości, nie jest w stanie sprostać wymogowi, bowiem realizował dostawy w

9

mniej niż w ilościach. Powyższe nie oznacza, w ocenie KIO, że opis zamawiającego stanowi czynność, która narusza wskazane w odwołaniu przepisy Pzp.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażone w wyroku z dnia 6 maja 2009 r. sygn. akt XII Ga 143/09, przywołanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw oferowanych przez wszystkie podmioty obecne na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia.

Skład orzekający Izby uznał za zasadny wywód zamawiającego sprowadzający się do wniosku, że proponowana przez odwołującego zmiana opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamieszczona w odwołaniu i popierana na rozprawie, zmierza do dostosowania wymagań zamawiającego do konkretnych możliwości wykonawcy, w szczególności zmierza do ograniczenia ilości wykonanych dostaw na rzecz odbiorców związanych z rynkiem kolejowym.

Na podstawie powyższej oceny, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie może być uwzględnione z powodu nie wykazania przez odwołującego naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu - art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 4, art. 25 ust. 1 zd. 1 w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp, co skutkuje oddaleniem odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku, zaliczając do kosztów wpis od odwołania i uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3600 zł, zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

10