Sygn. akt KIO 2467/10

POSTANOWIENIE
z dnia 23 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **23 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez **zamawiających występujących wspólnie: Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej oraz TRAMWAJ FORDON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 85-844 Bydgoszcz, ul. Toruńska 174**

przy udziale **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, Bolechowo – Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska,** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 2467/10

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej prowadzi w imieniu i na rzecz zamawiających: Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej oraz TRAMWAJ FORDON spółka z o.o., na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"), w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na „dostawę 15 sztuk fabrycznie nowych, wieloczłonowych tramwajów niskopodłogowych, przystosowanych do eksploatacji po torach 1000 mm na terenie Miasta Bydgoszczy" (znak postępowania: 066).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 1 października 2010 r. nr 2010/S 191-291925, z tym że 29 września 2010 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz w zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej (www.zdmikp.bydgoszcz.pl), na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej w skrócie „s.i.w.z.").

W pkt. III.2.3) opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu wskazano, iż o zawarcie umowy ramowej mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą spełnienie warunków określonych przez Zamawiającego na podstawie art. 22 ust. 1 pzp, przy czym dla warunku nr 2 dotyczącego wiedzy i doświadczenia określono następujący sposób dokonywania jego spełniania: „wykonawca zobowiązany jest wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składnia ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy – w tym okresie, dostawy co najmniej 5 sztuk tramwajów całkowicie niskopodłogowych w wersji odpowiadającej przedmiotowi zamówienia objętemu umową ramową. Warunek będzie spełniony kiedy wykonawca wykaże ww. zakres dostawy – łącznie w jednym zamówieniu lub oddzielnie w kilku zamówieniach".

W pkt. 10.2 s.i.w.z. znalazło się postanowienie identycznej treści.

4 listopada 2010 r. Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. w zakresie wskazanego powyżej postanowienia w następującym brzmieniu: „wykonawca zobowiązany jest wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składnia ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawy co najmniej 5 sztuk tramwajów fabrycznie nowych całkowicie niskopodłogowych."

---

12 listopada 2010 r. (pismem z 10 listopada 2010 r.) Odwołujący – Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec postanowienia pkt. 10.2 s.i.w.z., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp oraz art. 22 pzp.

Odwołujący wskazał, iż powziął wiadomość o skarżonej treści s.i.w.z. 3 listopada 2010 r., kiedy to punkt 10.2 s.i.w.z. jako zmiana treści s.i.w.z. ukazał się na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania a w konsekwencji powtórzenie czynności ogłoszenia i publikacji s.i.w.z. przez Zamawiającego z jednoczesną zmianą skarżonego postanowienia s.i.w.z.

Odwołujący sprecyzował w uzasadnieniu odwołania, iż w jego ocenie wymóg wykazania się dostawą tramwajów „całkowicie niskopodłogowych" narusza zasady równego traktowania wykonawców a ponadto jest nieadekwatne do realnej konieczności wykazania się wiedzą i doświadczeniem.

15 listopada 2010 r. Zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej, na której zamieścił ogłoszenie oraz udostępnia s.i.w.z. oraz pismo wzywające wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

18 listopada 2010 r. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z siedzibą w Bydgoszczy zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (zachowując wymóg przekazania jego kopii Odwołującemu), wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp lub art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, względnie o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Na podstawie treści złożonego odwołania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 29 września 2010 r., w sprawie zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu uwzględniającym wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tekst jednolity znowelizowanej ustawy opublikowany został w Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759.

Art. 189 ust. 2 pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z przepisem art. 189 ust. 4 pzp.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3

pzp jest okoliczność wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. Z kolei przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp nakazuje również odrzucenie odwołania dotyczącego czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Izba stwierdziła zaistnienie obu tych przesłanek w rozpoznawanej sprawie.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, iż odwołanie zostało wniesione po upływie terminu wskazanego w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 2 pzp zgodnie z którym odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a także specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia s.i.w.z. na stronie internetowej.

W ocenie Izby, pomimo wskazania przez Odwołującego, iż dotyczy ono zmiany treści s.i.w.z. dokonanej przez Zamawiającego 4 listopada 2010 r. (która zdaniem Odwołującego była mu wiadoma już 3 listopada 2010 r.), w niniejszej sprawie bieg10-dniowego terminu na wniesienie odwołania należy liczyć od daty wszczęcia postępowania przez Zamawiającego. Odwołujący sprecyzował bowiem swój zarzut jako skierowany przeciwko postanowieniu pkt. 10.2 s.i.w.z. w zakresie dotyczącym wymagania przez Zamawiającego od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się dostawą tramwajów „całkowicie niskopodłogowych". Tymczasem z porównania literalnych postanowień pkt. 10.2 s.i.w.z. w brzmieniu pierwotnym i po dokonanej zmianie wynika jednoznaczny wniosek, iż kwestionowane przez Odwołującego wymaganie było od wszczęcia postępowania zawarte w tym postanowieniu s.i.w.z. (oraz odpowiednim postanowieniu ogłoszenia). W kontekście stawianego zarzutu nie można także uznać, że zakwestionowany w takim zakresie wymóg uległ zmianie – po modyfikacji dodano co prawda dookreślenie, iż te „całkowicie niskopodłogowe" tramwaje mają być „fabrycznie nowe", jednak z treści odwołania w żaden sposób nie wynika iż dotyczy tego nowego aspektu warunku. Pomimo iż nie znajduje tutaj zastosowania przepis art. 182 ust. 3 pkt. 1 pzp to niewątpliwie można stwierdzi, iż o stawianym przez Zamawiającego wymaganiu wykazania się przez wykonawców się o udzielenie zamówienia dostawą „całkowicie ubiegających tramwajów niskopodłogowych" Odwołujący mógł się dowiedzieć od chwili zamieszczenia ogłoszenia o

zamówieniu i udostępnieniu s.i.w.z. na stronie internetowej Zamawiającego 29 września 2010 r.

Na powyższe wskazuje zresztą okoliczność, iż Odwołujący wniósł 8 października 2010 r. odwołanie wobec pierwotnego brzmienia pkt. 10.2 s.i.w.z., również wtedy zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp oraz art. 22 pzp. Odwołujący w uzasadnieniu tego odwołania sprecyzował swój zarzut jako skierowany przeciwko w wymaganiu wykazania się dostawą 5 tramwajów całkowicie niskopodłogowych w „wersji odpowiadającej przedmiotowi zamówienia objętemu umową ramową", wskazując, iż opis przedmiotu zamówienia objętego umową ramową sformułowany został w s.i.w.z. jako „dostawa 15 sztuk fabrycznie nowych wieloczłonowych tramwajów niskopodłogowych, przystosowanych do eksploatacji po torach 1000 mm na terenie Miasta Bydgoszczy".

Wyrokiem z dnia 21 października 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. akt KIO 2210/10 uwzględniła to odwołanie i nakazała Zamawiającemu dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz s.i.w.z. Z uzasadnienia wyroku wynika, iż w ocenie Izby wskazanie przy opisie sposobu oceny wiedzy i doświadczenia na „wersję odpowiadającą przedmiotowi zamówienia objętemu umową ramową" nie było jednoznaczne. Izba uznała równocześnie za ograniczające zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przyjęcie, iż dla ustalenia wersji tramwaju odpowiadającej przedmiotowi zamówienia decydująca jest szerokość rozstawu kół wózków umożliwiająca jazdę pojazdu po torach o szerokości 1000 mm. W konsekwencji Izba uznała za niedopuszczalne wskazywanie w opisie sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jedynie na dostawy tramwajów przystosowanych do jazdy po torach 1000 mm. Ponadto Izba zajęła w uzasadnieniu wyroku stanowisko, iż przy kształtowaniu tego opisu Zamawiający winien kierować się istotnymi cechami technicznymi pojazdów objętych dostawą, wskazanymi w pkt. 1.4 załącznika nr 1 do s.i.w.z. stanowiącym opis przedmiotu zamówienia (przegubowe,

wieloczłonowe, niskopodłogowe, jednokierunkowe, z elektronicznym sterowaniem napędem wykorzystującym trójfazowe silniki asynchroniczne). Izba wskazała przy tym, iż podziela w całości, jako adekwatne w rozpatrywanej sprawie, stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 6 listopada 2009 r. (sygn. akt XII Ga 340/09), iż skoro przedmiot zamówienia stanowią tramwaje o określonych cechach technicznych (niskopodłogowe, przegubowe, zasilane prądem zmiennym), to niezbędną wiedzą i doświadczeniem wykonawcy jest wiedza i doświadczenie właśnie w produkcji takich tramwajów jak określone w zamówieniu.

Natomiast w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę wyrok zapadły 21 października 2010 r. w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba stwierdziła, iż

Zamawiający dokonał zmiany pkt. 10.2 s.i.w.z. zgodnie z treścią tego wyroku wyrażoną w jego sentencji i uzasadnieniu, a zatem odwołanie wniesione wobec zmienionej w tym zakresie s.i.w.z. podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp.

Zamawiający wykonał bowiem wyrok Izby z 21 października 2010 r. w ten sposób, iż usunął z opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt. 10.2 s.i.w.z. zwrot „w wersji odpowiadającej przedmiotowi zamówienia objętemu umową ramową", uznane przez Izbę za niedookreślone oraz mogące zostać zinterpretowane w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jako odnoszące się do tramwajów przystosowanych do jazdy po torach o szerokości 1000 mm. Jednocześnie dodanie przez Zamawiającego w to miejsce określenia tramwajów jako „fabrycznie nowych", jest zmianą nieistotną i niezakwestionowaną przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu, którą jednak również należy ocenić jako zgodną z treścią uprzednio zapadłego wyroku Izby, gdyż precyzuje we właściwy sposób odniesienie do przedmiotu zamówienia umowy ramowej, obok niezmienionego od wszczęcia postępowania określenia tych pojazdów jako „całkowicie niskopodłogowych".

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej opisanych przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie przepisów art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp. Wobec powyższego, Izba działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisami § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci wpisu zaliczonego na ich poczet.

Przewodniczący:

……