

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 września 2009 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący-Sędzia SO Elżbieta Hniedzewicz (spr.)

Sędzia SO Maria Więckowska-Rzepka

Sędzia SO Beata Stryjewska

Protokolant: Piotr Ociepa

po rozpoznaniu w dniu 29 września 2009 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy ze skargi Newag S. A. w Nowym Sączu

z udziałem przeciwnika skargi Warszawska Kolej Dojazdowa Sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 17 lipca 2009r. Sygn. akt KIO/UZP 857/09

oddala skargę

i 7 KĄ ORYGINALE WŁAŚCIWE PGDFK!/
tą zgodność
I *! ••O,-'// * SEKF^ft

Sygn.akt XXIII 569/09

Uzasadnienie

Zamawiający - Warszawska Kolej Dojazdowa Sp.z o.o. na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655) Prawo zamówień publicznych, ogłosił przetarg nieograniczony na dostawę 14 sztuk nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych (EZT).

Newag S.A. w Nowym Sączu wniosła do Zamawiającej protest wskazując, iż protest dotyczy warunków udziału w postępowaniu określonym w pkt III.2.3 ogłoszenia i pkt 5.1.2

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o analogicznym brzmieniu. Powołanym postanowieniem protestujący zarzucił naruszenie art. 7 i 22 ustawy¹ Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający oddalił protest.

Od rozstrzygnięcia protestu spółka Newag złożyła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnosząc o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt III.2.3 ogłoszenia oraz pkt 5.1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez zastąpienie wymogu wykazania się dostawami co najmniej 6 sztuk nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych wymogiem wykazania się dostawami 5 sztuk nowych lub zmodernizowanych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych realizujących przewozy pasażerskie z prędkością eksploatacyjną 80 km/godz.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazywał, iż jest producentem pojazdów typu EZT, który w okresie ostatnich 3 lat wykonywał dostawy nowych oraz zmodernizowanych EZT. Wskazał również, iż jest producentem pojazdu typu EZT spełniającego warunki techniczne określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W okresie ostatnich 3 lat, z uwagi na warunki rynkowe jak i specyfikację techniczną dostarczanych pojazdów, nie zrealizował dostaw 6 sztuk nowych pojazdów. Ponieważ krajowy rynek dostaw EZT w całości objęty jest zamówieniami publicznymi niemożliwe jest, by każdy producent EZT legitymował się doświadczeniem w funkcjonowaniu na rynku. Faktycznie więc, stosownym doświadczeniem wymaganym przez WKD legitymować się może wykonawca, który zrealizował dostawę w poprzednim postępowaniu. Zdaniem odwołującego treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w omawianym zakresie, narusza zasady uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 17 lipca 2009 roku oddaliła odwołanie.

Izba uznała, że słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że postawione warunki udziału w postępowaniu nie muszą gwarantować udziału wszystkim podmiotom działającym w danej branży. Zamawiający ma prawo wymagać wykazania się wykonaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia z tym, że wymagania te muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia, tj. ani zbyt wygórowane, ani zbyt niskie. W ocenie Komisji, przy dostawach planowanych na poziomie 14 sztuk nowych zespołów trakcyjnych wymóg posiadania doświadczenia w dostawie minimum 6 sztuk nowych zestawów nie jest wygórowany.

Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, że doświadczenie w dostarczaniu nowych zespołów mogłoby zostać udowodnione nawet przy realizacji 2-3 sztuk, bowiem wymóg bezpieczeństwa nie jest przesłanką konieczną do stawiania wymogu większej ilości zespołów. Za takim przyjęciem przemawia okoliczność, że po zakończeniu etapu produkcyjnego wystawiane jest odpowiednie świadectwo dopuszczenia, czy też homologacji.

Izba wskazała również, że o ile można zaakceptować stanowisko odwołującego się co do ilości dostarczonych nowych zespołów, to nie można zaakceptować żądania w zakresie dostawy zespołów zmodernizowanych. Gdyby zamawiający dopuścił warunek doświadczenia w zakresie zmodernizowanych EZT, to wówczas pozbawiłby się pewności co do doświadczenia wykonania w dostawach nowych zespołów.

Odnosząc się do treści art. 22 ust. 2 powołanej ustawy, który zakazuje dyskryminowania bądź preferowania wykonawców, Izba uznała, że warunki te Zamawiający częściowo uwzględnił.

Od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej spółka Newag złożyła skargę do tutejszego Sadu, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt III.2.3 ogłoszenia oraz pkt 5.1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego na warunek wykazania się dostawami 5 sztuk nowych lub zmodernizowanych EZT realizujących przewozy kolejowe pasażerskie z prędkością eksploatacyjną co najmniej 80 km/godz., ewentualnie unieważnienie postępowania w całości.

Skarżący podniósł, że w swych rozważaniach Krajowa Izba Odwoławcza pominęła art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie wzięła pod uwagę, że oprostowany warunek utrudnia dostęp do rynku. Zdaniem skarżącego Izba pominęła również żądanie Newag Sp. z o.o. dopuszczenia jako warunku udziału w postępowaniu dostawy zmodernizowanych EZT. Nie kwestionując stanowiska Izby, iż fakt modernizacji nie stanowi wystarczającej gwarancji należytego wykonania zamówienia skarżący podniósł, iż wniosek o zmianę zasad udziału w postępowaniu w całej rozciągłości uwzględnia specyfikę zamówienia, tj. dostawę EZT. Uwzględniając właśnie tę specyfikę skarżący wniósł jedynie o rozszerzenie możliwości wykazania się tymi dostawami nie tylko o jednostki nowe, ale i zmodernizowane. Skarżący wyraził przekonanie, że aktualne brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie gwarantuje oczekiwanego przez Zamawiającego rezultatu doświadczenia w produkcji nowych EZT. Trzeba bowiem wziąć pod uwagę, że w świetle brzmienia oprostowanego warunku, do postępowania mogą być dopuszczone podmioty, które nigdy nie wyprodukowały żadnego EZT, a jedynie uczestniczą w handlu i posiadają doświadczenie w dostarczaniu EZT. Jednocześnie z postępowania zostaje wykluczona skarżąca, która posiada doświadczenie nie tylko w dostawach, z tym że w ostatnich 3 latach jedynie zmodernizowanych (nowe przed okresem 3 lat), ale jest także producentem EZT. Powołując się na definicję dostawy zawartej we Wspólnym Słowniku Zamówień - CPV skarżący uznał, że Zamawiający wprowadził daleko idące ograniczenie przez dodanie wymogu nowości, natomiast skarżący domagał się jedynie neutralizacji dodatkowych zastrzeżeń.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

Zgodnie z art. 22 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis wyraża jedną z podstawowych zasad ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji. Konsekwencją brzmienia przepisu, jako przepisu bezwzględnie obowiązującego, jest konieczność oceny zachowania przesłanek z tego przepisu wyłącznie w realiach danego konkretnego przypadku. Orzeczenie musi więc rozstrzygać problem *ad casum*. Niewątpliwie każdy warunek udziału w postępowaniu musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami Zamawiającego. W rozpatrywanym przypadku Zamawiający określił warunek jaki musi spełnić Wykonawca na minimum 6 dostaw nowych zestawów w okresie ostatnich 3 lat lub krótszym. Biorąc pod uwagę, że przedmiot zamówienia stanowi 14 nowych EZT nie ma podstaw do przyjęcia, że warunek 6 sztuk jest wygórowany. Nie można pominąć okoliczności, że sam skarżący przyznał, że w okresie ostatnich 3 lat nie realizował dostaw nowych zestawów. Z pewnością zatem skarżący tego wymogu nie był w stanie spełnić i głównie z tego względu domagał się zmiany ogłoszenia i specyfikacji.

Nawet gdyby przyjąć - jak to czyni Krajowa Izba Odwoławcza - że wystarczający byłby warunek dostaw 2-3 nowych EZT, to i tak skarżący nie spełnia również tak złagodzonego warunku. Skarżący, jak sam twierdzi, jest w stanie wykazać jedynie, że w okresie ostatnich 3 lat realizował dostawy zmodernizowanych zestawów i jak można się domyslać w ilości 5, a nie 6 zestawów.

Zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji skarżący w istocie domaga się takiego złagodzenia wymogów dopuszczenia do udziału, które będą dostosowane do możliwości skarżącego, a nie usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego.

Motywy przedstawione przez skarżącego na uzasadnienie przekonania, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji nie mogą być aprobowane.

Ustalone przez Zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie

zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia. Określenie warunków udziału na takim poziomie, że niektórzy wykonawcy będą wyeliminowani z udziału musi mieć odzwierciedlenie w zobiektywizowanych preferencjach Zamawiającego i jego uzasadnionych potrzebach.

W rozpoznawanej sprawie nie można przypisać Zamawiającemu, że warunki udziału w postępowaniu nie są obiektywne w stosunku do potrzeb i że ograniczają konkurencję. Zamawiający nie jest zobowiązany do dostosowania wymogów do możliwości wszystkich wykonawców działających w danej branży. Innymi słowy, Zamawiający nie jest zobowiązany przed opracowaniem warunków dopuszczenia do udziału, analizować możliwości wszystkich wykonawców działających w danej branży. To przedmiot zamówienia i jego planowane wykorzystanie determinują warunki dopuszczenia do udziału przy zachowaniu kryterium obiektywizmu i usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego. To, że skarżący nie jest w stanie wykazać się wymaganym doświadczeniem nie może wymuszać na Zamawiającym zmiany warunków dopuszczenia do udziału i to przez ich znaczne obniżenie. Niemożność spełnienia warunków przez niektórych wykonawców samo przez się nie świadczy o niedozwolonym ustanowieniu warunków. W tej konkretnej sprawie wymóg legitymowania się 6 dostawami nowych EZT na 14 sztuk stanowiących przedmiot zamówienia nie jest wygórowany i nie ma charakteru dyskryminującego wykonawców. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że gdyby Zamawiający w ogłoszeniu i w SIWZ zawarł wymóg legitymowania się stosownym doświadczeniem jedynie przez producentów zestawów, a więc z wyłączeniem np. dystrybutorów - a tego domaga się również skarżący, to taki wymóg ograniczałby uczciwą konkurencję.

Kierując się przedstawionymi motywami Sąd Okręgowy oddalił skargę na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655) Prawo zamówień publicznych.

i ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
zgdnym

DOWY