-

Sygn. akt XXIII GA 447 /lO

W Y R O K

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 7 sierpnia 2010 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący-Sędzia SO Elżbieta Hniedziewicz (spr)

Sędzia SO Jolanta Stępień-Kordiał
Sędzia SO Bolesław Wadowski

Protokolant : Sylwia Adamczyk
po rozpoznaniu w dniu 12 sierpnia 2010 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy ze skargi Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilznie

z udziałem przeciwnika skargi Metro Warszawskie spółka z o. o. w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 31 maja 2010 r. sygn. akt KIO 869/10

1. oddala skargę,

2. zasądza od Skoda Transportation z siedzibą w Pilznie na rzecz Metro Warszawskie spółki z o. o. w Warszawie kwotę 1800 zł (jeden tysiąc osiemset), tytułem kosztów postępowania.

XXIII Ga 447/10

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 31 maja 2010 r., oddaliła odwołanie Skoda Transportation A.S. z siedzibą w Pilznie od czynności Metro Warszawskie sp. z o.o. podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 35 pojazdów sześciowagonowych metra.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw, z art. 15 ust. 1 pkt. 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie w sekcji III 2.3. I ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 5.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu

zamówienia.

Izba oceniła jako niezasadny zarzut odwołującego, iż wymóg spełnienia warunku doświadczenia poprzez legitymowanie się doświadczeniem w produkcji taboru metra jest wymogiem bezprawnym. Interpretując przepis art. 2 pkt. 2 pzp Izba wskazała, iż powołany przepis nie nakłada na Zamawiającego obowiązku automatycznego dopuszczenia doświadczenia w realizacji któregokolwiek z rodzajów umów wymienionych w tym przepisie. O tym jaki rodzaj doświadczenia powinien być wymagany decydować powinien charakter przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby świadczenie objęte postępowaniem ma cechy dostawy w rozumieniu art. 605 kc. Z uwagi na zakres kontroli zastrzeżonej przez Zamawiającego określony w SIWZ charakter świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia uzasadnia skierowanie zamówienia do tych wykonawców, którzy posiadaj a doświadczenie w wytwarzaniu i przekazywaniu pojazdów do eksploatacji. Izba zwróciła również uwagę, że zgodnie z art. 26 ust. 2 „B" pzp oraz postanowieniami pkt. 3.2.1 V ogłoszenia i pkt. 6.3 SIWZ każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a zatem opis dokonywania oceny spełniania warunku doświadczenia nie ogranicza kręgu wykonawców wyłącznie do producentów pojazdów metra. Oceniając zarzut odwołującego, iż zastrzeżony przez Zamawiającego wymóg wykazania doświadczenia jest nader rygorystyczny, Izba powołała przepis art. 22 ust. 4 ustawy wskazując, iż wykaz wykonanych dostaw, jakich może żądać Zamawiający w ramach posiadanego przez wykonawcę doświadczenia powinien odpowiadać dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, co nie oznacza, iż wykazywane dostawy powinny być tożsame z przedmiotem zamówienia, ale odpowiednie i zgodne z przedmiotem zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że opisanie przez Zamawiającego dostawy za pomocą kodu CPV nie oznacza, że każdy przedmiot zamówienia mieszczący się w danej kwalifikacji

CPV odpowiada danemu przedmiotowi zamówienia z tej samej grupy CPV. KIO nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż doświadczenie i wiedzę jakie są wymagane do realizacji przedmiotu zamówienia można uzyskać także poprzez modernizacje odpowiadająca swym projektem i zakresem obecnej praktyce w dziedzinie produkcji i eksploatacji wagonów metra. Izba uznała, że modernizacja może dotyczyć wielu różnych elementów pojazdu jednak nie obejmuje wszelkich czynności związanych z procesem produkcji pojazdu metra, a więc nie obejmuje całego procesu wytwarzania od podstaw danego pojazdu. Izba uznała, iż własne doświadczenie odwołującego potwierdzone złożonymi do akt referencjami nie obliguje Zamawiającego do dostosowania warunków udziału w postępowaniu do tego konkretnego wykonawcy.

W ocenie KIO kwestionowane przez odwołującego postanowienia warunków udziału w postępowaniu nie SA przejawem dyskryminacji. Wymagany warunek doświadczenia jest neutralny i odnosi się do przedmiotu zamówienia w sposób proporcjonalny oraz w równym stopniu do wszystkich wykonawców.

Izba uznała, iż żądany przez Zamawiającego dokument w celu potwierdzenia warunku doświadczenia tj. wykaz wykonanych dostaw nie narusza przepisu § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., gdyż odnosi się do treści opisu sposobu spełnienia warunku zgodnie z powołanym przepisem.

Za niezasadny KIO uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7, art. 22 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 3 oraz art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co miałoby polegać na opisaniu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przytaczając zapis pkt. 5.2.2 ppkt. 1 i 2 SIWZ Izba wskazała, iż odwołujący nie podniósł żadnych

okoliczności faktycznych uzasadniających twierdzenie, ze zapis ten narusza powołane wyżej przepisy i nie żądał zmiany treści tego warunku jak również nie wskazał w jakim zakresie omawiany warunek narusza te przepisy.

Na orzeczenie KIO spółka Skoda Transportation A.S. złożyła skargę wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie nieuwzględnienia zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 3 oraz art. 3 ust. 1 uznk oraz § 1 ust. 2 pkt. 3 rozp. Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. i orzeczenie w tym zakresie co do istoty sprawy. Skarżący zarzucił:

- naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 3 oraz art. 3 ust. 1 uznk przez ich niewłaściwą interpretację oraz uznanie za prawidłowe opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz

nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co utrudnia uczciwą konkurencję uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu większej liczbie wykonawców,

- naruszenie przepisów § 1 ust. 2 pkt. 3 rozp. Prezesa RM z dnia 30.12.2009 r. przez uznanie za zasadne zażadanie wykazu wykonanych dostaw w zakresie zbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Skarżący zarzucił również naruszenie przepisu art. 190 ust. 7 pzp przez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, w szczególności opinii technicznej o posiadaniu przez skarżącego zdolności i kompetencji do produkcji fabrycznie nowych wagonów.

W uzasadnieniu skargi skarżący podnosił, że sformułowanie użyte w art. 22 ust. 1 pkt. 2 pzp oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi, niekoniecznie natomiast wymogi wygórowane tj. takie wymogi, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Skarżący wywodził, ze dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego najbardziej istotne jest, by wykonawca posiadał technologiczną wiedzę i umiejętności wykonania pojazdów oraz organizacyjną zdolność do ich dostarczenia, a takie właśnie umiejętności i wiedzę skarżący posiada.

Skarżący twierdził, iż wykazał, że doświadczenie i wiedzę, które są wymagane do realizacji zamówienia na dostawę wagonów metra można uzyskać nie tylko i wyłącznie poprzez produkcję fabrycznie nowych wagonów, ale także poprzez modernizację odpowiadająca swym projektem i zakresem obecnej praktyce w dziedzinie rozwoju, produkcji wagonów metra. Wnoszący skargę wskazywał, że zarówno w przypadku produkcji nowych jak i głęboko modernizowanych wagonów metra muszą zostać spełnione wymagane przez Zamawiającego konkretne parametry, co oznacza że wykonanie głębokiej modernizacji to taki sam proces jak wyprodukowanie nowych wagonów metra. Przytaczając zakres prac ogólnie realizowanych w procesie modernizacji tj.: wykonanie mechanicznej części wagonu, wymianę wszystkich materiałów w konstrukcji wagonu nieodpowiadających obecnym normom europejskim, obniżenie masy części mechanicznych wagonu, nowy projekt i wykonanie napędu trakcyjnego wagonu, obniżenie eksploatacyjnych nakładów związanych ze zużyciem energii elektrycznej, nowe kompletne sterowaniem pociągiem metra złożone z modernizowanych wagonów, kompletną wymianę kluczowych części wyposażenia wagonów skarżący stwierdził, że modernizacja w powyższym zakresie i produkcja nowych wagonów niczym się różnią i wobec tego należy uznać takie doświadczenie za równoznaczne z doświadczeniem przy

produkcji nowych wagonów metra. Skarżący podkreślił, że zarówno fabrycznie nowe wagony jak i zmodernizowane przez skarżącego wagony metra wykorzystywane są do świadczenia tego samego rodzaju usług tj. transportu osobowego, a proces produkcyjny w obu przypadkach, pomijając drobne szczegóły natury technicznej, jest analogiczny. Konkludując skarżący stwierdził,

iż nie ma żadnego uzasadnienia żądanie Zamawiającego, by potencjalny wykonawca wykazał się wykonaniem tożsamych dostaw.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wnosił o odrzucenie skargi z uwagi na nienależyte umocowanie pełnomocnika skarżącego, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku - o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy uznaje skargę za niezasadną.

W pkt. III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 5.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający nałożył na potencjalnych wykonawców obowiązek wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia przez wykazanie, że wykonawca posiada niezbędne doświadczenie w produkcji taboru metra i, że wykonał oraz przekazał do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej.

W ocenie Sądu Okręgowego wymóg ten nie jest nadmiernie wygórowany, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, ograniczający krąg odbiorców mogących wykonać zamówienie i nie naruszający zasad uczciwej konkurencji.

Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa przyjmuje się, że zamawiający może określić jako warunek udziału w postępowaniu wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym blankietowy charakter przepisów art. 22 pzp nie oznacza, że zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w żądaniu m.in. dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do wszystkich etapów postępowania, w art. 7 ustawy, sformułowana została zasada, która nakłada na zamawiających obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. W celu realizacji przesłanek określonych w art. 7 pzp ustalenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy i doświadczenia niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zatem każdy warunek udziału w postępowaniu musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia. W tym miejscu warto przywołać orzeczenie KIO/UZP 235/09 stwierdzające, że stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców.

W art. 22 ust 1 pkt. 2 pzp przewidziano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek wiedzy i doświadczenia, czyli spełniają jeden z warunków podmiotowych. Warunki podmiotowe określone w

art. 22 ust. 1 odnoszą się do kwalifikacji samego wykonawcy a nie oferowanych przez niego dostaw lub usług. Nie ulega wątpliwości, ze opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków stanowi kryteria jakimi zamawiający będzie kierował się przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Spełnienie warunków udziału wykonawca wykazuje za pomocą dokumentów, a zakres dokumentów jakich może żądać zamawiający normują przepisy rozporządzenia Prez. Rady Min. z dn. 30.12.2009 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żadać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. nr 226 poz. 1817). Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 3 tego rozporządzenia weryfikacja wiedzy i doświadczenia następuje na podstawie zrealizowanych zamówień i służą do tego odpowiednie wykazy dostaw.

Przenosząc powyższą regulację na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, iż wykonawca, który posiada wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu jednej dostawy jakichkolwiek pojazdów szynowych o napędzie elektrycznym przeznaczonych do przewozu osób lub elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu osób, a także w zakresie modernizacji wagonów metra w wymaganym przez zamawiającego okresie nie może być uznany jako wykonawca spełniający zawarty w SIWZ warunek wiedzy i doświadczenia w produkcji wagonów metra.

Jak wynika z przebiegu postępowania skarżący największą wagę przykłada do wykazania, że doświadczenie uzyskane w procesie modernizacji wagonów metra daje gwarancję wykonania stanowiących przedmiot zamówienia pojazdów metra od podstaw. Sąd Okręgowy, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, argumentacji skarżącego nie podziela. Wprawdzie ogólna definicja modernizacji pojazdu kolejowego określona w § 2 pkt. 2 rozporządzenia Min. Infrastruktury z dn. 12 października.2005 r. w sprawie ogólnych warunków techn. eksploat. pojazdów kolejowych (Dz.U. nr 212 poz. 1771 z późn.zm) nie wyłącza modernizacji wagonów metra jako pojazdów kolejowych to jednak wyraźnie wskazuje, że proces modernizacji nie może być utożsamiany z produkcją nowych pojazdów. Wskazać należy, iż zgodnie z § 1 powołanego rozporządzenia pojazd metra należy do pojazdów kolejowych, a zatem objęty jest zakresem modernizacji określonym w § 2 pkt. 2. Także przepisy ustawy z dn. 28 marca.2003 r. o transporcie kolejowym (tj. Dz.U. nr 16 z 2007 r. poz. 94 z późn. zm), w szczególności art. 1 i 2 oraz przepisy rozporządzenia Min. Infrastruktury z dn. 18 lipca 2005 r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji (Dz.U. nr 172 poz. 1444 z późn. zm) nie zawierają regulacji pozwalających na przyjęcie, że pojazdy metra należą do grupy innych pojazdów niż pojazdy kolejowe. Jednakże, na co słusznie wskazała KIO, warunek doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu uzasadniony jest specjalistycznymi wymaganiami i warunkami technicznymi dotyczącymi pojazdów metra, a zatem pojazdy metra należą do pojazdów kolejowych, ale różnią się od innych wagonów kolejowych specyficznymi wymaganiami technicznymi w szczególności w zakresie bezpieczeństwa. Z tego względu nawet jeśli są to pojazdy z tej samej grupy rodzajowej to z uwagi na przedmiot zamówienia zamawiający może nałożyć takie wymagania na wykonawców, które będą odnosiły się do specyfiki przedmiotu zamówienia, a nie wszystkich pojazdów z danej grupy. Biorąc zatem pod uwagę, że zamawiający ma obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania tj. postawić takie warunki, które będą potwierdzały w praktyce posiadanie przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień należy uznać, że objęty sporem warunek nie wykracza poza niezbędne minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego, w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia, o spełnieniu wymaganego przez zamawiającego warunku nie świadczy wiedza i doświadczenie w zakresie modernizacji wagonów metra.

Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem KIO, że zamawiający nie jest zobligowany do dostosowania warunków udziału w postępowaniu do konkretnego wykonawcy i że kwestionowane przez skarżącego postanowienia SIWZ nie są przejawem dyskryminacji tego wykonawcy. Nie sposób bowiem uznać, że wymóg wykazania, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie w produkcji taboru metra przez wykazanie, że w wymaganym okresie wykonał i przekazał do eksploatacji co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy jest wygórowany w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego i to w taki sposób, że narusza zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie apelacji na skutek nieprawidłowego umocowania pełnomocnika skarżącego Sąd Okręgowy stwierdza, że wniosek ten nie jest zasadny. Pełnomocnictwo procesowe dla adwokata Jerzego Pieroga zostało podpisane przez Wojciecha Grzonka, który legitymował się pełnomocnictwem materialnym (art. 98 kc w zw. z art. 96 kc), a nie procesowym o jakim mowa w art. 87 § 2 kpc.

Z powyższych względów na podstawie na art. 198 f ust. 2 i 5 pzp orzeczono jak w sentencji.

Sekretarz

■KRETARZ

Pio