

Sygn.akt XII Ga 143/09

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 maja 2009- roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Marek Grodziński
Sędziowie: SSO Grażyna Tarkowska

SSO Dariusz Janiszewski /spr./
protokolant: referent stażysta Beata Krenc
po rozpoznaniu w dniu 29 kwietnia 2009 roku w Gdańsku
na rozprawie :

sprawy ze skargi odwołującej H. Cegielski -Fabryki Pojazdów Szynowych
spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu
z udziałem zamawiającej Zakładu Komunikacji Miejskiej w Gdańsku spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku
w przedmiocie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującej na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w
Warszawie z dnia 27 lutego 2009 roku w sprawie sygnatura akt KIO/UZP
169/09

I Oddala skargę

II Zasądza od skarżącej na rzecz zamawiającej kwotę 600 zł (sześćset złotych)
tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu wywołanym
wniesieniem skargi.

Z/5/ V* V³: A ,

L\

^s Marszy sekretarz

Oknowego w Gdańsku

SUbuta Ree/tenfa
• • ...x 'T- z*

Sygnatura akt XII Ga 143/09

UZASADNIENIE

Zamawiająca - Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (zwana dalej zamawiającą) działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej pzp) wszczęła, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę 35 sztuk nowych tramwajów w ramach projektu „Gdański Projekt Komunikacji Miejskiej - rozwój proekologicznego systemu transportu tramwajowego w Gdańsku - etap III a”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 stycznia 2009 r. nr 2009/S 7-008961.

Pismem z dnia 27 stycznia 2009 r. H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (odwołująca) wniosła protest wobec treści ogłoszenia, zarzucając zamawiającemu, iż warunek postawiony wykonawcom w punkcie III.2.3. pozostaje w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa i/ lub narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy pzp oraz zasady uczciwej konkurencji. Odwołująca wniosła o modyfikację treści ogłoszenia poprzez dostosowanie jego treści do stanu zgodnego ze wskazanymi przepisami ustawy pzp, w przypadku niemożliwości poprawienia wskazanych wad o unieważnienie postępowania.

Odwołująca wskazała, że zamawiający w punkcie III.2.3) ogłoszenia „Zdolność techniczna” sformułował wobec wykonawców warunek wykazania się, iż w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy/- w tym okresie, dostarczyli co najmniej 15 sztuk wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych wagonów tramwajowych, czyli takich, których podłoga jest tak kształtowana aby w strefie objętej wejściami o szerokość 1300 mm położona była na wysokości nie większej niż 375 mm nad główką szyn, zmiany wysokości podłogi części pasażerskiej w pozostałej części wagonu do wysokości 480 mm nad główką szyn mogą być realizowane poprzez zastosowanie pochylni, a podłoga części pasażerskiej przeznaczona dla pasażerów stojących nie może mieć stopni ani uskoków”. Powyższe narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy pzp, gdyż przedmiotowy warunek nie może zostać spełniony przez wykonawców, którzy w ostatnich trzech latach nie uzyskali odpowiedniej ilości zamówień na tramwaj przegubowy, wieloczlonowy i niskopodłogowy, natomiast realizowali zamówienia odpowiadające swoim rodzajem, poprzez zastosowanie odpowiedniej technologii w innych typach tramwajów, oraz wartość dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Zamawiająca oddalając protest stwierdziła, iż żądając dostawy tramwajów niskopodłogowych, jednocześnie wskazała konkretne wymagania co do wysokości podłogi tramwaju, nie uzasadniając powodów swej decyzji. Nie dokonała określenia tego wymogu w oparciu o obiektywne przesłanki, co stanowi naruszenie wymogu obiektywnego, odniesionego do przedmiotu zamówienia, formułowania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji. Wskazała, iż prawidłowe sformułowanie warunku udziału w postępowaniu oznacza wyznaczenie pewnego jedynie minimalnego poziomu doświadczenia, który powinien być uzależniony od

przedmiotu zamówienia, jego wartości przy uwzględnieniu rynku właściwego, a żądanie doświadczenia w dostawie konkretnych rodzajów tramwajów ogranicza krąg potencjalnych wykonawców. Wyprodukowanie tramwaju o wymaganiach postawionych przez zamawiającą nie stanowi problemu dla producenta pojazdów szynowych, a problemem jest jedynie wykazanie się doświadczeniem w produkcji oraz dostawie konkretnego typu wagonu.

Zamawiająca wskazała, iż sformułowany przez nią w punkcie III.2.3. ogłoszenia warunek udziału w postępowaniu nie narusza uczciwej konkurencji, a stanowi potwierdzenie umiejętności budowy nowoczesnych pojazdów, a więc takich jakich ona oczekuje. Ma ona pełne prawo oczekiwać doświadczenia wykonawców w realizacji zamówień, odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.

Zamawiająca ustaliła warunek udziału w niniejszym postępowaniu zdecydowanie łagodniejszy niż wynikałoby to z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż wymaga legitymowania się dostawami jedynie 15 sztuk tramwajów, choć przedmiot zamówienia dotyczy liczby przeszło dwukrotnie wyższej. Określenie maksymalnych parametrów w punkcie III.2.3. ogłoszenia odpowiada przedmiotowi zamówienia, który określa, iż tramwaje muszą być całkowicie niskopodłogowe.

Zamawiająca ma pełne prawo żądać od wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu potwierdzających doświadczenie odpowiednie do realizacji przedmiotu zamówienia oraz o rozwiązaniach technicznych adekwatnych z punktu widzenia jej potrzeb.

Odwołująca wniosła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu podtrzymując dotychczasowe zarzuty, argumenty oraz wnioski, dodatkowo wnosząc o obciążenie zamawiającej kosztami postępowania odwoławczego.

Wyrokiem z dnia 27 lutego 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej Izba) w Warszawie oddaliła odwołanie, kosztami postępowania obciążyła odwołującą, nakazała dokonać jej wpłaty kwoty 3 600 zł na rzecz zamawiającej stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika; dokonała też zwrotu odwołującej kwoty 10 426 zł.

Izba uznała, iż art. 22 ustawy pzp określa warunki, jakie musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w myśl ww. przepisu musi m.in. „posiadać (...) niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...)”, w niniejszym postępowaniu wykonawcy mają się wykazać nie tylko samym wykonaniem tramwaju niskopodłogowego i wieloczlonoowego, a więc tramwaju określonego typu, ale również legitymować się dostawą- we wskazanym przez zamawiającą okresie, 15 sztuk tego typu tramwajów. Oznacza to, iż zamawiająca wymaga od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem w wykonaniu dostaw określonego typu tramwaju, a nie jakiegokolwiek typu tramwaju, co gwarantuje zamawiającej wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Umiejętność wykonania określonego typu tramwaju musi być poparta nie tylko wiedzą, ale i praktyką zdobytą oraz ugruntowaną w trakcie realizacji wcześniejszych dostaw. Nie może to być prototyp, ani też tramwaj, który zostanie dopiero wyprodukowany, po wprowadzeniu zmian dostosowujących tramwaj do oczekiwań zamawiającej. Nie może mieć miejsca sytuacja, w której przedmiot zamówienia istnieje jedynie w sferze dokumentacji. Wykonawca musi się bowiem wykazać doświadczeniem w produkcji i dostawie określonego typu tramwaju. To zamawiająca decyduje, co stanowi przedmiot zamówienia oraz jakie warunki udziału w postępowaniu wykonawca powinien spełnić, aby móc ubiegać się o określone zamówienie z uwzględnieniem obowiązujących w tym zakresie

przepisów. Zamawiający na potwierdzenie doświadczenia wykonawcy może żądać wykazania się przez wykonawcę wykonaniem dostaw w okresie ostatnich trzech lat, i takie żądanie - prawidłowe w myśl, obowiązującego rozporządzenia - zamawiająca wykonawcom postawiła. Oczekuje on bowiem ściśle wskazanego tramwaju o określonych parametrach technicznych (niskopodłogowego, wieloczołowego, o określonej wysokości podłogi nad główką szyn) odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom, a żądanie wykazania się dostawą 15 sztuk tramwajów określonego typu przy zamówieniu 35 sztuk tramwajów nie stanowi żądania nadmiernie wygórowanego, zwłaszcza w kontekście wymogów konstrukcyjnych tramwaju oraz ich przewidywanej wartości. Istotnie kwestionowany warunek ogranicza konkurencję, niemniej jednak nie czyni tego w sposób nieuczciwy. W prowadzonym postępowaniu - postawiony warunek spełniło 7 wykonawców, więc nie był on warunkiem nadmiernie wygórowanym. Fakt, iż doświadczenie nabyte przy produkcji tramwaju wysokopodłogowego i częściowoniskopodłogowego niewątpliwie różni się od doświadczenia nabytego przy produkcji tramwaju niskopodłogowego i wieloczołowego, a wózki będące istotnym elementem budowy tramwaju - jak oświadczyła zamawiająca na rozprawie - mają wpływ na zużycie obręczy, drgania i możliwość wykolejania się. Oferowany produkt musi więc być nie tylko dopuszczony do ruchu, ale i wykazać się bezawaryjnością po przejechaniu wielu tysięcy kilometrów. Dlatego też ograniczeniem konkurencji nie będzie wymóg wykazania się realizacją określonej ilości tramwajów, które są porównywalne jakościowo i ilościowo. Zamawiająca nie jest bowiem zobowiązana do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu, aby w danym postępowaniu mogli wziąć udział wszyscy wykonawcy działający na rynku producentów tramwajów.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wniosła odwołująca się zaskarżonemu wyrokowi zarzucając

- na zasadzie art. 196 ust. 1 ustawy pzp:

-naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie przepisów polegające na przyjęciu, że określony przez zamawiającą i kwestionowany przez skarżącą w proteście i w odwołaniu warunek udziału w postępowaniu wynikający z punktu III.2.3. ogłoszenia zatytułowanego „Zdolność techniczna” zgodnie z którym, aby wykonawcy mogli się ubiegać o udzielenie zamówienia muszą wykazać iż: „W okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostarczyli co najmniej 15 sztuk wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych wagonów tramwajowych, czyli takich, których podłoga jest tak ukształtowana aby w strefie objętej wejściami o szerokości 1300 mm położona była na wysokości nie większej niż 375 mm nad główką szyn, zmiany wysokości podłogi części pasażerskiej w pozostałej części wagonu do wysokości 480 mm nad główką szyn mogą być zrealizowane poprzez zastosowanie pochylni, a podłoga części pasażerskiej przeznaczona dla pasażerów stojących nie może mieć stopni ani uskoków” - nie utrudnia uczciwej konkurencji na rynku tramwajów, podczas gdy sposób sformułowania przez zamawiającą tego warunku sprawia, iż w postępowaniu nie może uczestniczyć co najmniej dziesięciu wykonawców działających na rynku Unii Europejskiej i produkujących tramwaje - zdolnych do należytej realizacji zamówienia, a ponadto rynek tramwajów jest specyficzny bowiem:

-produkcja tramwajów jest przeznaczona w całości na rynek publiczny,

- w Polsce i w Unii Europejskiej przeprowadzana jest rocznie ograniczona ilość postępowań o udzielenie zamówienia na dostawę tramwajów, co stanowi dalszą barierę dostępu do przedmiotowego zamówienia,

-wymagania zamawiających dotyczące cech zamawianych tramwajów są za

każdym razem wysoce zindywidualizowane, co powoduje, że wykonawca działający w branży tramwajowej nie może sobie pozwolić na prezentację

wszystkich możliwych konfiguracji tramwajów, co nie zmienia faktu, iż jest on w pełni przygotowany wyprodukować pojazd spełniający każdorazowe oczekiwania zamawiającego;

-naruszenie art. 188 ust. 4 ustawy pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie powyższego przepisu, mające istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów i stwierdzeniu, że postawiony warunek udziału w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji na rynku tramwajów, podczas gdy tego typu ustalenia, zważywszy na specyfikę rynku tramwajów, wymagały wiadomości specjalnych, a zatem stwierdzone powinny być dowodem z opinii niezależnego biegłego sądowego - ekonomisty, którego przeprowadzenia Izba, pomimo wniosku skarżącej, odmówiła uznając, iż nie jest to dowód niezbędny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy;

-uznaniu, że: „doświadczenie nabyte przy produkcji tramwaju wysokopodłogowego i częściowoniskopodłogowego niewątpliwie różni się od doświadczenia nabytego przy produkcji tramwaju niskopodłogowego i wieloczonowego...”, podczas gdy tego typu ustalenia wymagały wiadomości specjalnych, a zatem stwierdzone powinny być dowodem z opinii niezależnych biegłych sądowych - mechanika oraz elektryka - posiadających wiedzę w zakresie konstrukcji nowoczesnych tramwajów, którego przeprowadzenia Izba, pomimo wniosku skarżącej, odmówiła uznając, iż nie jest to dowód niezbędny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy;

Skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku Izby w całości i uwzględnienie odwołania od rozstrzygnięcia protestu poprzez?
nakazanie zamawiającej zmiany treści ogłoszenia w zakresie punktu III.2.3. zatytułowanego „Zdolność techniczna” - w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji na rynku tramwajów;

- nakazanie zamawiającej - w przypadku dokonania zmiany treści Ogłoszenia zgodnie z żądaniem skarżącej zawartym w punkcie 1. - przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do prowadzenia zmian we wnioskach;

-nakazanie zamawiającej - w przypadku gdy, w chwili orzekania przez Sąd stadium postępowania nie pozwoli już na dokonanie czynności, o które skarżąca wnosi o unieważnienie całego postępowania.

Nadto skarżąca wniosła o:

przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego - ekonomisty na okoliczność ustalenia cech rynku tramwajów w Unii Europejskiej, w szczególności barier dostępu do tego rynku, łącznej ilości funkcjonujących na tym rynku producentów, a także zakresu ograniczenia konkurencji na ww. rynku spowodowanego sformulowaniem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę tramwajów niskopodłogowych i wieloczonowych w sposób wykluczający z tego postępowania producentów tramwajów innych niż tramwaje niskopodłogowe i wieloczonowe;

przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych sądowych mechanika oraz elektryka - posiadających wiedzę w zakresie konstrukcji nowoczesnych tramwajów na okoliczność ustalenia - przy uwzględnieniu przebiegu procesu produkcji tramwaju - możliwości prawidłowego wykonania tramwaju niskopodłogowego i wieloczonowego przez producenta tramwajów posiadającego doświadczenie w produkcji tramwajów innych niż tramwaje niskopodłogowe i wieloczonowe; o zasądzenie od zamawiającej na rzecz skarżącej kosztów postępowania skargowego, a także poniesionych przez skarżącą kosztów postępowania z odwołania.

Zdaniem skarżącej zaskarżone orzeczenie Izby nie jest prawidłowe i wykonawca w całości podtrzymuje i jednocześnie ponawia wszystkie zarzuty i twierdzenia zawarte w proteście z dnia 27 stycznia 2009 roku.

Skarżąca zarzuciła, iż Izba odstąpiła od dokładnego zbadania rynku

tramwajów, na którym udzielone ma być zamówienie, z drugiej zaś strony zrezygnowała z zasięgnięcia niezależnej wiedzy technicznej z zakresu budowy tramwajów, pozbawiając się tym samym możliwości dokonania obiektywnej i rzeczowej oceny, czy kwestionowany przez skarżącą warunek udziału w postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję na rynku tramwajów. Skarżąca zarzuciła, iż zaskarżony wyrok w sposób nieuprawniony uznaje, że zamawiający ma prawo wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Wbrew wnioskowi Izby zamawiający, który przy przeprowadzaniu preselekcji w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję naruszając tym samym art. 22 ust. 2 stawy pzp. Nie ulega zatem wątpliwości, że na etapie określania warunków udziału w postępowaniu nie mogą mieć miejsca próby zawężania przez zamawiającego grupy wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie wykonywać będzie wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Izba, przyznając zamawiającej nieograniczone wręcz prawo sprawdzania wiarygodności i doświadczenia wykonawców pragnących wziąć udział w postępowaniu, nie zdołała obiektywnie ustalić, czy zdolny do wykonania zamówienia jest wyłącznie producent 15 tramwajów niskopodłogowych i wieloczlónowych, czy też również wykonawca tramwajów innych niż tramwaje niskopodłogowe i wieloczlónowe. Do ustaleń w tym przedmiocie Izba dojść mogła wyłącznie przez skorzystanie z pomocy biegłego. Oddalając ten wniosek Izba dopuściła się zarzucanego naruszenia przepisów. Izba niesłusznie uznała, że kwestionowany przez skarżącą warunek udziału w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji na rynku tramwajów, bo spełniło go 7 wykonawców. Izba dokonując oceny możliwego ograniczenia konkurencji, spowodowanego określonym sposobem formułowania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, powinna brać pod uwagę wszystkich wykonawców działających na danym rynku, w zależności bowiem

od łącznej ilości podmiotów działających w badanej branży, określona liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu może mieć różne znaczenie. Dokonana przez skarżącą analiza przedsiębiorstw zajmujących się produkcją tramwajów w państwach Unii Europejskiej prowadzi do wniosku, iż odmienne sformułowanie przez zamawiającą warunków udziału w postępowaniu, polegające na zażądaniu wykazania się doświadczeniem w zakresie dostaw tramwajów, bez względu na posiadane przez te pojazdy cechy, sprawiłoby, że w postępowaniu uczestniczyć mogłoby co najmniej 10 wykonawców. Postawionego przez zamawiającą warunku udziału w postępowaniu nie mogłoby spełnić znacznie więcej niż 10 wykonawców. Wspomniane wyżej badanie rynku, mając charakter wiadomości specjalnych, wymagało jednak przeprowadzenia przez Izbę dowodu z opinii biegłego sądowego - ekonomisty. Tego dowodu Izba wbrew wnioskowi skarżącej nie przeprowadziła w sposób nieuprawniony zastępując ten dowód nieobiektywnymi i niepełnymi wyjaśnieniami zamawiającej.

W odpowiedzi na skargę zamawiająca wniosła o jej oddalenie w całości jako bezzasadnej oraz o obciążenie kosztami postępowania skarżącej.

Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający związany jest przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Działanie w ich granicach

oznacza że nie dochodzi do jakiegokolwiek naruszenia konkurencji. Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek określenia poziomu doświadczenia, które jest uznane za niezbędne do ubiegania się o zamówienie.

W punkcie III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu określając warunek zamawiająca miała na uwadze, przede wszystkim przedmiot zamówienia oraz troskę o to, by wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia tj. posiadali niezbędne doświadczenie w wykonaniu zamówień o rodzaju zbliżonym do przedmiotu zamówienia oraz odpowiedniej skali.

Warunek udziału w postępowaniu musi być adekwatny do przedmiotu tego zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest dostawa jednoznacznie i precyzyjnie opisanych zgodnie z art. 29 ustawy pzp nowych tramwajów. Wypełniając ustawowy obowiązek, zamawiająca wskazała kod CPV jaki przypisany jest danemu zamówieniu. Jest to ogólny, ale jedyny kod odnoszący się do wagonów tramwajowych we Wspólnym Słowniku Zamówień. Stąd w posłużeniu się tą kwalifikacją zamawiająca postąpiła z należytą starannością a bardziej szczegółowe wymagania opisała w słownej części opisu przedmiotu zamówienia. Wspólny Słownik Zamówień (CPV) stanowi bowiem jedynie skatalogowany zbiór klasyfikacji obejmującej produkty, usługi i roboty budowlane używane w zamówieniach publicznych do wskazywania rodzaju przedmiotu zamówienia, nie zwalniając zamawiającego z obowiązku szczegółowego opisu zgodnie z przepisami art. 29 pzp. Zamawiająca oczekuje

więc, że wykonawca, który będzie zaproszony do składania ofert wykaże się odpowiednim i zapewniającym potwierdzenie umiejętności wykonania opisanego przedmiotu zamówienia doświadczeniem, przez co rozumie doświadczenie w dostawach odpowiednio dużej liczby tramwajów oraz tramwajów o określonych cechach. Przedmiotem zamówienia są tramwaje niskopodłogowe, wielozłonowe. Wbrew twierdzeniom skarżącej nie można stwierdzić, że wykonawca, który dostarczył tramwaje o innych cechach tj. tramwaje wysokopodłogowe oraz jednoczłonowe, posiada doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia jakim jest tramwaj niskopodłogowy, wielozłonowy czyli całkowicie inny przedmiot. Tramwaje niskopodłogowe wymagają zastosowania odmiennej niż w wypadku wozów wysokopodłogowych konstrukcji. Żądania doświadczenia w budowie takich tramwajów nie uniemożliwia jednak konkurencji, gdyż rozwiązania w których wymagane jest posiadanie doświadczenia są już powszechnie stosowane na właściwym rynku i istnieje szereg firm z doświadczeniami eksploatacyjnymi w zakresie takiego taboru. Fakt, iż nie należy do nich skarżąca nie może być uznany za ograniczanie konkurencji, gdyż zamawiający nie ma obowiązku postawić warunków tak, aby spełniali je wszyscy zamierzający ubiegać się o zamówienie wykonawcy, lecz tak, aby zapewniały, że w postępowaniu będą uczestniczyć wykonawcy zweryfikowani i dający rękojmię, iż wykonają zamówienie opisane przez zamawiającego, co potwierdza ich dotychczasowe doświadczenie. W przedstawionym stanie faktycznym nie sposób uznać, że wymagania określone przez zamawiającą są nadmierne lub nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i jego skali. Zamawiająca określając warunki udziału w postępowaniu nie naruszyła zasady zachowania uczciwej konkurencji. Każdy warunek udziału postawiony w postępowaniu o udzielenie zamówienia z swej natury ogranicza konkurencję. Prawo przewiduje więc możliwość ograniczenia konkurencji, jednak jedynie w sposób uczciwy tj. przez postawienie wymagań zasadnych i adekwatnych w danej sytuacji. W postępowaniu spełnieniem warunku wykazania się odpowiednim doświadczeniem wykazało się 7 wykonawców i wszyscy oni zostali zakwalifikowani do kolejnego etapu wstępowania. Przeczy to tezie skarżącej, iż warunek doświadczenia określony w postępowaniu narusza zasady uczciwej konkurencji, czyli w tym przypadku dostęp zainteresowanym podmiotom do wykonania zamówienia. Prawo zamówień publicznych jako jeden z warunków udziału w postępowaniu dopuszcza warunek doświadczenia - a więc potwierdzenia nabycia

odpowiednich umiejętności w praktyce. Powołanie więc biegłego na okoliczność czy zdolny technicznie do wykonania tramwaju jest również wykonawca, który nie wykazuje określonego doświadczenia nie dotyczy w ogóle przedmiotu sporu. Zamawiająca wniosła o oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego - ekonomisty na okoliczność cech rynków tramwajów, w szczególności barier dostępu do tego rynku, łącznej ilości funkcjonujących na tym rynku producentów, a także

zakresu ograniczenia konkurencji spowodowanego sformułowaniem warunków udziału w postępowaniu.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Skarga jako niezasadna podlegała oddaleniu, zaś zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada prawu.

W ocenie Sądu Okręgowego nie jest uzasadniony zarzut naruszenia przepisów art. 7 ustęp 1 i art. 22 ustęp 2 pzp.

Przepis art. 7 ustęp 1 pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie zaś z treścią przepisu art. 22 ustęp 2 pzp zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przepisy pzp nie definiują pojęcia uczciwej konkurencji. Należy zatem interpretować to pojęcie a contrario w świetle przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153, poz. 1503 i zm.). -

Przepis art. 3 ustęp 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W sposób szczegółowy ustawa ta opisuje w artykułach 5-17d poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji.

W postępowaniach w przedmiocie zamówień publicznych najczęściej zarzuca się działanie stanowiące naruszenie przepisów art. 15 ustęp 1 punkt 1 i 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym zamawiającemu zarzuca się czyn nieuczciwej konkurencji polegający na rzeczowo nieuzasadnionym, zróżnicowanym traktowaniu niektórych klientów.

W doktrynie uznaje się, iż zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy winni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz oceny ofert winno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów

przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie,

nie zaś w oparciu o inną wiedzę zamawiającego.

W ocenie Sądu Okręgowego nie oznacza to jednak, iż zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji, jeśli jego działania umożliwiają uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieograniczonej liczbie podmiotów zainteresowanych.

Każde bowiem określenie warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w swej istocie stanowi już ograniczenie konkurencji. Ograniczenie takie jest jednak dopuszczalne, o ile nie stanowi wskazanego wyżej czynu nieuczciwej konkurencji.

Stwierdzić należy, iż przepisy pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty występujące na rynku, a więc nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia.

Na gruncie przepisów pzp oczywistym jednak jest, iż zamawiający określając warunki uczestnictwa w postępowaniu nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub wykonawcom konkretnego produktu, o ściśle oznaczonych przez zamawiającego parametrach. Jednocześnie za dozwolone należy uznać oznaczenie przedmiotu zamówienia poprzez określenie m.in. pewnych jego parametrów granicznych (minimalnych lub maksymalnych), o ile nie prowadzi to wskazania na konkretny produkt lub wykonawcę.

Skarżąca zarzuca, iż zamawiająca w punkcie III 2.3 ogłoszenia dotyczącego zdolności technicznej wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia określiła wymagane doświadczenie w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez nieuzasadnione zawężenie wykonawców tylko do takich, którzy w oznaczonym okresie czasu dostarczyli jedynie tramwaje całkowicie niskopodłogowe, wieloczołowe o określonych granicznych, maksymalnych parametrach dotyczących wysokości podłogi nad główką szyn, w liczbie 15 sztuk.

Przepis art. 22 ustęp 1 pkt 2 pzp wskazuje, iż 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.

Sposób wykazania się niezbędnym doświadczeniem do wykonania zamówienia precyzują przepisy 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.06.87.605 i zm.). Paragraf 1 ustęp 2 punkt 2 powołanego rozporządzenia stanowi, że w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku

posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający może żądać wykazu wykonanych/.../ dostaw lub usług w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia/.../ odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia /.../.

W świetle powyższego stwierdzić zatem należy, iż przez „niezbędne doświadczenie” wykonawcy uznaje się tylko potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień. Ani pzp, ani przepisy wskazanego wyżej rozporządzenia nie definiują jednak pojęcia „rodzaju zamówienia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia”.

Sąd Okręgowy nie podziela poglądu wyrażonego przez skarżącą, iż o rodzaju zamówienia decyduje usytuowanie przedmiotu zamówienia w jednej kategorii czy klasie itp. we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) wprowadzonym Rozporządzeniem (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i rady z dnia 5 listopada 2002 roku w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (Dz. U. UE.L.02.340.1 i zm.). Wspólny Słownik Zamówień, wskazane w nim nazwy i kody, stanowi bowiem jedynie statystyczną klasyfikację przedmiotu zamówienia pozwalającą na precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, ułatwiającą jego identyfikację, niezależnie od kraju pochodzenia, z uwzględnieniem różnorodności i barier językowych. Ułatwia zatem wykonawcom z różnych krajów wynajdywanie ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Nadto celem jego ustanowienia jest odpowiednie szacowanie wartości dostaw i usług okresowych, zapobiegające dzieleniu zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania pzp lub stosowania mniej rygorystycznej procedury przy udzielaniu zamówień publicznych.

W świetle przepisów pzp określenie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie jedynie jego kodu oraz nazwy ze Wspólnego Słownika Zamówień jest przy tym niewystarczające.

Konieczne jest zatem jednoznaczne i wyczerpujące oraz bardziej szczegółowe oznaczenie przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ustęp 1 pkt 3 pzp).

Określona we Wspólnym Słowniku Zamówień klasyfikacja nie przesądza zatem oceny czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z dostawą lub usługą odpowiadającą swoim rodzajem danemu przedmiotowi zamówienia. Zdaniem Sądu Okręgowego dokonując wykładni językowej przepisu paragraf 1 ustęp 2 punkt 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 pojęcie „rodzaju” należy rozumieć jako gatunek, typ wyróżniający się istotnymi cechami charakterystycznymi.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż spornemu przedmiotowi zamówienia odpowiada swoim rodzajem zamówienie na dostawę tramwaju niskopodłogowego i wieloczołowego, nie zaś każdego tramwaju.

Za bezsporne należy bowiem uznać, iż tramwaj wieloczołowy odróżnia się istotnymi cechami charakterystycznymi od tramwaju składającego się z jednego członu lub tramwaju składającego się z większej ilości wagonów doczepnych. Przede wszystkim w tramwaju wieloczołowym poszczególne człony, co najmniej dwa, połączone są ze sobą przegubem w sposób umożliwiający bezpośrednie przechodzenie pasażerów pomiędzy członami, co oczywiście nie występuje w konstrukcji pozostałych, wymienionych tramwajów.

Również wbrew twierdzeniom skarżącej za notoryjną należy uznać okoliczność, iż tramwaje niskopodłogowe wyróżniają się istotną cechą charakterystyczną spośród tramwajów wysokopodłogowych i częściowo niskopodłogowych. Oczywiście bowiem jest, iż w tramwaju całkowicie niskopodłogowym podłoga, na całej jej długości, winna znajdować się na jak najniższym poziomie (oznaczonym wysokością graniczną) w stosunku do główki szyny, co wymaga zastosowania odmiennej konstrukcji podwozia (wózków) i odmiennych rozwiązań technicznych niż w pozostałych wskazanych tramwajach. Już powyższe cechy, zdaniem Sądu Okręgowego, w sposób wystarczający wyróżniają tramwaje wieloczołowe i niskopodłogowe od pozostałych.

Aby zaś wyróżnić wyżej wskazane cechy charakterystyczne tramwajów, w ocenie Sądu Okręgowego, nie jest konieczne dysponowanie specjalistyczną wiedzą fachową.

W okolicznościach niniejszej sprawy wykazanie się niezbędnym doświadczeniem do wykonania zamówienia to wykazanie się dostawą tramwajów wieloczlonowych i niskopodłogowych. Określenie warunku udziału w postępowaniu poprzez konieczność wykazania się doświadczeniem w dostawach tramwajów wieloczlonowych i niskopodłogowych nie narusza przy tym zasady równego traktowania, ani nie utrudnia uczciwej konkurencji, nie wskazuje bowiem ani na konkretny produkt, ani na konkretnego wykonawcę. Również wskazanie parametrów granicznych odnoszących się do maksymalnej wysokości podłogi nad główką szyny nie narusza wskazanych wyżej zasad.

Z treści protokołu rozprawy przed Izłą wynika, iż nie ma norm regulujących maksymalną wysokość podłogi. W praktyce z konstrukcji stosowanych wózków wynika, iż maksymalna wysokość podłogi w wagonach niskopodłogowych nad główką szyn kształtuje się na wysokości 350-480 mm. Okoliczność ta wynika z twierdzeń zamawiającej, które nie były kwestionowane przez skarżącą.

W świetle powyższego oznaczenie przez zamawiającą maksymalnych wysokości podłogi na 375mm i 480 mm nie wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie utrudnia zatem uczciwej konkurencji.

Nie narusza zasad uczciwej konkurencji określony przez zamawiającą warunek wykazania się niezbędnym doświadczeniem do wykonania zamówienia

poprzez udokumentowanie dostawy piętnastu sztuk tramwajów wieloczlonowych, niskopodłogowych.

Powołany wcześniej przepis paragrafu 1 ustę 2 punkt 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 wymaga aby dostawy wykonane odpowiadały wartości dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy przedmiot zamówienia stanowi 35 sztuk tramwajów o szacunkowej wartości powyżej 10 000 000 Euro.

Wymóg wykazania się dostawą piętnastu sztuk tramwajów nie jest zatem wygórowany. W tej mierze Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd Izby.

W ocenie Sądu Okręgowego, powoływana przez skarżącą okoliczność, iż sposób sformułowania przez zamawiającą warunków uczestnictwa w postępowaniu wyłącza co najmniej dziesięciu wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie jest równoznaczna z utrudnianiem przez zamawiającą uczciwej konkurencji.

W okolicznościach niniejszej sprawy, w świetle zasady uczciwej konkurencji, nie jest bowiem istotne ile wykonawców działających na rynku byłoby w stanie potencjalnie wykonać tramwaje odpowiadające przedmiotowi zamówienia, lecz rzeczą ważną jest ile spośród tych wykonawców mogłoby wykazać się potwierdzonym w praktyce wykonaniem dostaw

odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia, skoro obowiązujące przepisy wiążą wykazanie się niezbędnym doświadczeniem do wykonania zamówienia z potwierdzonym w praktyce wykonaniem zamówień danego rodzaju.

Sam fakt, iż rynek tramwajów jest rynkiem publicznym, na którym przeprowadza się rocznie ograniczoną ilość postępowań o udzielenie zamówień publicznych, a zamówienia są wysoce zindywidualizowane, nie uchyla przewidzianego wcześniej powołanymi przepisami wymogu wykazania się przez wykonawców dostawami odpowiadającymi swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, nie uzasadnia także odmiennego, od powołanego wyżej, rozumienia pojęcia „rodzaju” dostawy odpowiadającej przedmiotowi

zamówienia.

Nie są zasadne zarzuty skarżącej odnoszące się do oddalenia przez Izbę zgłoszonych przez nią wniosków o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z zakresu ekonomii oraz elektryki i mechaniki.

Stosownie do treści przepisu art. 188 ustęp 4 pzp Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych ustanowionych przy sądach okręgowych, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych./.../.

Oczywistym jest, iż Izba, podobnie jak sąd powszechny, może korzystać z dowodu z opinii biegłego, gdy poczynienie prawidłowych i koniecznych dla rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych wymaga wiedzy specjalistycznej. Dowód

z opinii biegłego, a w szczególności wnioski biegłego, nie mogą jednak w żadnym razie zastępować oceny prawnej, do dokonania której uprawniony jest jedynie organ orzekający.

Ocena czy sformułowanie przez zamawiającą warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogranicza konkurencję i w jakim zakresie to czyni, należy wyłącznie do organu orzekającego, na etapie postępowania odwoławczego do Izby. Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego przy tak określonej przez skarżącą tezie dowodowej było zatem niedopuszczalne.

Oddalenie tak sformułowanego wniosku dowodowego przez Izbę zasługuje zatem na aprobatę.

Stosownie do treści przepisu art. 227 kpc mającego zastosowanie w niniejszej sprawie, przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

W świetle powyższej regulacji ustalenie przy pomocy dowodu z opinii biegłego elektryka i mechanika czy producent tramwajów innych ma możliwość prawidłowego wykonania tramwaju niskopodłogowego i wieloczołowego było bez znaczenia dla prawidłowego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Istotną kwestią było bowiem czy sposób sformułowania warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszał zasady uczciwej konkurencji, nie zaś czy skarżąca, jak i inni wykonawcy tramwajów wysokopodłogowych i częściowo-niskopodłogowych byli potencjalnie zdolni do wyprodukowania tramwaju odpowiadającego przedmiotowi zamówienia. Okoliczności tej zamawiający zresztą nie kwestionował.

Wnioskowany dowód z opinii biegłego miałby zatem znaczenie w sprawie, w której Izba rozpoznawałaby odwołanie skarżącej na rozstrzygnięcie protestu w przedmiocie wykluczenia skarżącej z postępowania na mocy przepisu art. 24 ustęp 1 punkt 10 pzp, tj. gdyby skarżącej zarzucono, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 pzp.

Nie taki był jednak przedmiot postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie.

W świetle powyższego niezasadny jest zarzut skarżącej, iż na rozstrzygnięcie miała wpływ okoliczność, iż Izba nie zdołała obiektywnie ustalić czy zdolnym do wykonania zamówienia jest wyłącznie producent piętnastu tramwajów niskopodłogowych i wieloczołowych czy też tramwajów innych niż wskazane.

Niesłusznie skarżąca zarzuca, iż Izba niezasadnie nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego opinii prywatnych złożonych przez strony.

Stosownie do treści przepisu art. 188 ustęp 3 pzp dowodami są m.in. dokumenty. Opinie prywatne stanowią zatem dowody w postaci dokumentów prywatnych, które podlegają ocenie organu orzekającego jak każdy inny dowód dopuszczony przepisami. Opinie te nie mogły być jedynie uznane za dowody z opinii biegłego. W judykaturze zgodnie bowiem uznaje się, iż nie mają one

takiego waloru jeżeli nie zostały sporządzone w toku postępowania w wyniku dopuszczenia dowodu przez organ orzekający. Pominięcie tych dowodów przez Izbę było jednak uzasadnione treścią przepisu art. 227 kpc. Opinie te odpowiadały bowiem na pytanie czy doświadczenie zdobyte przez producenta tramwajów innych niż objęte przedmiotem zamówienia jest wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta nie miała jednak znaczenia dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę.

Z wyżej wskazanych względów również Sąd Okręgowy, rozpoznając niniejszą skargę, oddalił wnioski skarżącej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii oraz z zakresu elektryki i mechaniki.

Mając na uwadze powyższe rozważania Sąd Okręgowy na mocy przepisu art. 198 ustęp 2 pzp oddalił skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania wywołanego skargą Sąd Okręgowy orzekł na mocy przepisu art. 198 ustęp 5 pzp i art. 194 ustęp 2 pzp w zw. z art. 98 kpc.