

WYROK

WIM1ENTU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2014 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu Wydział X Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Jacek Gołaczyński (spr.)

SSO Anna Górna

SSR (del) Rafał Cieszyński

po rozpoznaniu w dniu 7 stycznia 2014 r. we Wrocławiu

aa rozprawie

sprawy ze skargi Województwa Dolnośląskiego-Urząd Marszałkowski
Województwa Marszałkowskiego we Wrocławiu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2009r. w sprawie
KTO/L'ZP/1379/09

przy udziale Newag S. A. w Nowym Sączu

I oddala skargę;

II zasądza od skarżącego na rzecz uczestnika postępowania 1200 zł tytułem
zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem Okręgowym,

„C” ? gnałem

rtti 7 ' ' . 1*

1/

. i 'fS'/? -".y- .^frr.'vj; Lu Łolstt

„Łolstetr.-:

■ . L. cj; rz: 1A1 i |i ■>...

Sygn, akt X Ga 380/09

Uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu - Województwu Dolnośląskiemu - Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Dolnośląskiego zmianę pkt. 10.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.1.2 specyfikami istotnych warunków zamówienia poprzez zastąpienie wymogu o treści: "Jeśli składać będą swoją ofertę na Zadanie 1 albo na Zadanie 1 i na Zadania 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 5d miejscami siedzącymi stałymi i co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 10a miejscami siedzącymi stałymi; jeśli natomiast składać będą ofertę tylko na Zadanie 2 - wówczas dostawę oo najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi" wymogiem o treści: „J*Si składać będą swoją ofertę na Zadania 1 albo na Zadanie 1 i na Zadanie 2 - wówczas dggfowę co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi i co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum HM nxj*c-0JTii siedzącymi stałymi; jefili natomiast składać będą ofertę tylko na Zadanie 2 - wówczas dostawę oa najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi". Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła o kosztach postępowania obciążając- Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego tymi kosztami,

Powyższe rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza uzasadniła tym, że Zamawiający - Województwo DofnoaJąskfē - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego pŁowadzi postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na zakup autobusów szynowych dla Samorządu Województwa Dolnośląskiego wg 2 zadać. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 20D4 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, nr 221, poz. 1655 ze zmianami}. W dniu 19 sierpnia 2009 roku wykonawca NE WAG SA, w Nowym Sączu wniósł protest na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, (j. pkt IJJ.2.3 ogłoszenia oraz pkt. V. 1.2 siwz.

Protestujący zarzuci zamawiającemu naruszenie art 7 i an. 22 ustawy Pzp w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej Konkurenci oraz zasadę równego traktowania wykonawców, co narusza interes prawny proteetotającego, ponieważ oprotestowane czynności zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają udział wnoszącemu protest w przedmiotowym postępowaniu.

Protestujący wniósł o zmianę pkt. JH.2.3 ogłoszenia oraz pkt. V. 1.2 SIWZ poprzez zastąpienie wymogu o treści: "JsSli ekladać będą swoją ofertę na Zadanie 1 albo na Zadanie 1 i na Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi i co najmniej jedn&ga autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 100 miejscami siedzącymi stałymi; jeśli natomiast składać będą ofertę tylko ne Zadanie 2 - wówczas dostawę co najmniej jednego autobusu szynowego z napędem spalinowym z minimum 5D

mfeiKMi sJzdzącymi Sutym," ^"wgten, o treści,„Jeśli akladać będą swją ofene na Załaple , ahj na Zadum 1 I na Zadania 2 - wówza. doetewę s0 na!mmre[j9aneg0 pasMersk * go

z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi i «, najmiej więcej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 10 miejscami siedzącymi stałymi, jeśli natomiast składać będą otortę tylko na Zadanie 2. wówczas dostęp co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 50 miejscami siedzącymi stałymi". W uzasadnieniu protestujący podniósł, iż warunki udziału w postępowaniu winny być zgodne z przedmiotem zamówienia. Zamawiający może zadać doświadczenia w wykonaniu dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. W doktrynie przyjmuje się, iż zalecenie to należy rozumieć w ten sposób, że dostawa tego samego rodzaju, to dostawą należącą do tej samej grupy zgodnie z definicjami zawartymi we Wspólnym Słowniku Zamówień . CPV (Emir Norek, TVUw zamówień publicznych Komentarz do art 22>. w orzecznictwie sądów przyjęte zostało, iż zamawiający nie może ustanawiać poprzez wprowadzanie dodatkowych zastrzeżeń ponad danej CPV (tak m. in. w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dn. 20.03.2015r., VII G 561/15) w szczególności zaś nie «tę uprawnionym żądanie wykształcenia ulg wykonawców doświadczeniem w dostawach identycznych przedmiotem zamówienia, a jedynie odpowiadających im swoim rodzajem

Stonowsko to uzasadnione jest tym, iż zgodnie z przepisami ustawy Pzp zamawiający może żądać wykazania doświadczeniem niezbędnym dla wykonania przedmiotu zamówienia

zamawiający nie jest uprawniony do dowolnego kształtowania wymogów dotyczących udziału

w postępowaniu. Zamawiający uprawniony jest jedynie do wprowadzenia wymogów eliminujących

postępowania podmioty. Więcej zamówienia „i będą w stanie wykonać z powodu braku niezbędnego doświadczenia.

Tymczasem, zdaniem protestującego, zamawiający wprowadził dającą się odczytać **ograniczenie** Słownictwo to polega na dodaniu wymogu wykazania się dostawami ściśle określonego typu pojazdów szynowych, podczas gdy z kodu CPV (32620001 wynika jedynie, iż przedmiotem zamówienia dotyczy dostaw taboru kolejowego, bez wskazania konkretnych typów tegoż taboru. Ograniczenie takie zamawiający eliminuje z postępowania m. in. protestującego, który posiada doświadczenie w dostawie pasażerskich pojazdów trakcyjnych, w tym również o znacznie większym

stopniu skomplikowania technicznego niż autobusy szynowe, jednakże nie identycznego z przedmiotem zamówienia.

Protestujący stwierdził, iż wprowadzone przez zamawiającego ograniczenia nie

stanowią jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia. Otóż autobusy szynowe nie stanowią produktu na tyle specyficznego, aby wymagać od dostawców doświadczenia akurat w dostawach tego typu pojazdów. Pojazd ten jest jedynie jednym z typów pasażerskiego pojazdu trakcyjnego (tj. pojazdu posiadającego własny napęd). Innym typem, jakkolwiek co do zasady konstrukcji bardzo zbliżonym, są np. elektryczne zespoły trakcyjne (EZT), których dostawcą jest protestujący. Różnica pomiędzy tymi pojazdami polega głównie na tym, że EZT jest pojazdem większym (z możliwością przewożenia większej niż autobus szynowy liczby pasażerów), o parametrach eksploatacyjnych często znacznie przewyższających te stosowane w autobusach szynowych. Z tych względów

wymagania technologiczne dla producentów EZT są znacznie wyższe niż dla producenta autobusu szynowego.

Wprowadzenie proponowanej przez protestującego zmiany postanowień ogłoszenia o przetargu

SIWZ 7 Jedną z jego stron umożliwi udział w postępowaniu wykonawcy posiadającym doświadczenie w dostawach pasażerskich pojazdów trakcyjnych, z drugiej zaś chronić będzie interes zamawiającego poprzez wyeliminowanie wykonawców, którzy nie dostarczyli odpowiednio dużych **jak i nie** posiadających własnego napędu pojazdów.

W świetle powyższego protestujący stwierdza, iż poprzez wprowadzenie do ogłoszenia o przetargu wymogu zamawiający eliminuje z kręgu wykonawców te podmioty, które posiadają doświadczenie niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia (a nawet posiadają doświadczenie niezbędne dla realizacji bardziej skomplikowanych technicznie pojazdów szynowych), jednakże nie wyeliminowali

dostawy identycznej z przedmiotem zamówienia. Działanie takie w ocenie protestującego naruszyć wskazane przepisy ustawy Pzp.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2009 roku zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu wskazał, iż warunki udziału w postępowaniu winny być zgodne z przedmiotem zamówienia. Warunki udziału określone przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu są zgodne z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wymaga od wykonawców, by wykazali się zrealizowaniem dostawy przynajmniej jednego pojazdu o zbliżonych pojemnościach wobec pojazdów objętych przedmiotem zamówienia, a także o określonym rodzaju napędu, co wiąże się z specyfiką rozwiązań, jakie winny być stosowane w pojazdach z napędem spalinowym. Dodał również, że obowiązujące przepisy prawa uprawniające zamawiającego do żądania od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne wykazania się doświadczeniem w wykonaniu dostaw odpowiadających nie tylko swoim rodzajem, ale i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. W niniejszym postępowaniu zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się jedynie dostawą odpowiadającą rodzajowo przedmiotowi zamówienia, nie wymaga natomiast by dostawa opiewała na określoną wartość. Poprzez tak określoną wymogi zamawiający chce mieć pewność, że wykonawca przystępujący do przedmiotowego postępowania zajmował się uprzednio takim rodzajem taboru kolejowego, jakim są autobusy szynowe. Zmiana omawianego wymogu, czyli dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy uprzednio nie mieli do czynienia z autobusem szynowym, czyli nie zrealizowali nawet jednej dostawy tego rodzaju pojazdu kolejowego, mogłaby doprowadzić do sytuacji, w której zaofiarowano by autobusy szynowe będące prototypami. Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w wyroku z dnia 23 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 7Q2iUE, stwierdziła, w jej ocenie określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wysokiego stopnia szczegółowości nie jest sprzeczne z przepisami prawa zamówień publicznych i aktów wykonawczych. (...) W przepisach Prawa zamówień publicznych nie określono stopnia szczegółowości, z jakim zamawiający powinien opisać warunek udziału; stopień ten zależy od przedmiotu zamówienia i powinien być dostosowany do jego charakteru. (...) nie można uznać, że szczególne, lecz dostosowane do przedmiotu zamówienia, wymagania Zamawiającego ograniczają uczciwą konkurencję". Miężej znaczenia jest również zobowiązanie wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, zgodnie z 2 & 1 ust 4 wzoru umowy dla każdego z zadań, do przeszkolenia (instruktażu) pracowników przewoźnika wskazanego przez zamawiającego z zakresu obsługi, utrzymania i konserwacji autobusów szynowych, które to

0EkDlan& składać się będzie z części zarówno teoretycznej: jak i praktycznej. Wykonawca winien posiadać (nie mieć doświadczenia wynikającego z realizacji choć jednej dostawy autobusu szynowego. Stwierdzenia zatem, że (jak minimalizowane wymagania odnowie doświadczenia wykonawców naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jest co najmniej nieuprawnione, nie znajduje takie odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa w sprawach z zakresu zamówień publicznych, zamawiający ma prawo wymagać wykazania się wykonaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przesłubiłyby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia." (Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt KFO/UZP 857/00; podobnie w wyroku z dnia 23 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 702COS).

Protestujący podają za jednym z komentarzy do ustawy, że dostawa tego samego rodzaju, to dostawa należąca do tej samej grupy według klasyfikacji Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Zamawiający przykładowo wskazał, iż w tej samej grupie CPV znajdują się takie produkty jak: opony do wózków inwalidzkich, odzież medyczna, opatrunki, paski odczynnikowe, rozruszniki serca, komory hiperbaryczne, aparatura rentgenowska albuminy, płuca i krew ludzka oraz organy ludzkie. Wobec tego słusznym wydaje się stwierdzenie, że posługiwanie się w sposób farmaceutyczny i sztywny przyjętą metodologią określenia rodzaju dostawy, bez odniesienia do szczegółów związanych z konkretnym przedmiotem zamówienia, nie jest właściwe.

Zamawiający podkreślił, że nie zawsze kody CPV pozwalają na wskazanie wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia - najistotniejszy jest opis dokonany przez zamawiającego.

Klasyfikacja CPV pozwala na ukierunkowanie wykonawców co do wskazań związanych z przedmiotem objętym danym zamówieniem publicznym. Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest tabor kolejowy w postaci szczególnego rodzaju pojazdów kolejowych, jakim są autobusy szynowe o napędzie spalinowym i wymaga, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się doświadczeniem związanym z tym konkretnym rodzajem pojazdów taboru kolejowego.

Protestujący stwierdził, że 2a wprowadzone przez zamawiającego ograniczenia odnośnie doświadczenia wymaganego przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, nie mają żadnego merytorycznego uzasadnienia, gdyż autobusy szynowe nie stanowią produktu na tyle specyficznego, aby wymogi realizacji jednej dostawy tego typu stawiać. Protestujący proponuje rozszerzenie wymagań związanych z doświadczeniem do pojęcia „pasażerskiego pojazdu trakcyjnego”.

Zgodnie z przyjętą nomenklaturą pojęcie „pasażerski pojazd trakcyjny” może oznaczać lokomotywę przeznaczoną do prowadzenia pociągów pasażerskich, zespół trakcyjny, wagon motorowy lub autobus szynowy. Zastosowanie tych ogólnych określeń, jaką jest „pasażerski pojazd trakcyjny” uniemożliwiłoby zamawiającemu jednoznaczną ocenę, czy wykonawca może w stanie dostarczyć w przewidzianym czasie pojazd, którego specyfikacja została również potwierdzona w obowiązujących przepisach, m.in. w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 roku w sprawie zakresu badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1772 ze zm.). W rozporządzeniu następuje wyraźne rozróżnienie typów pojazdów kolejowych na pojazdy trakcyjne i na pojazdy trakcyjne, w których należy sprawdzić warunki podróżowania pasażerów (§ 4 pkt 1 lit. u), tj. zespoły trakcyjne, wagony silnikowe i autobusy szynowe.

Zakres kontroli warunków podróżowania, które określa przywołane rozporządzenie wyraźnie wskazuje, że jednym z istotnych warunków jest poziom drgań mechanicznych pod względem oddziaływania na organizm ludzki i komfort jazdy. Z innych istotnych elementów podlegających kontroli należy wymienić: hałas słyszalny, mikroklimat pomieszczeń, poprawność rozwiązań decydujących o bezpieczeństwie przewozu osób oraz poprawność rozwiązań związanych z ochroną środowiska.

Protestujący wyraża taki pogląd, iż doświadczenie w dostawach elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) jest wystarczające, aby spełnić kryteria udziału w postępowaniu określone w SIWZ, jako że EZT to pojazdy o bardzo zbliżonej konstrukcji do konstrukcji autobusów szynowych. Według protestującej różnice pomiędzy EZT a autobusem spalinowym polegają na tym, że EZT jest pojazdem większym, o prędkościach eksploatacyjnych często znacznie przewyższających te stosowane w autobusach szynowych.

Zamawiający nie zgadza się z powyższym stwierdzeniem, ponieważ konstrukcje pojazdów o napędzie spalinowym oraz elektrycznym (w tym EZT) są w zasadniczych elementach całkowicie odmienne, zaś elementy te mają bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo i ochronę środowiska.

Napęd spalinowy ze względu na pracę silnika spalinowego powoduje zwiększenie drgań, które wpływają na konstrukcję pudła pojazdu oraz oddziałują na warunki podróżowania pasażerów, na tory i inne obiekty kolejowe, np. mosty, wiadukty. W przeciwieństwie do elektrycznych pojazdów trakcyjnych EZT, pojazd spalinowy musi posiadać zbiornik paliwa, którego wykonanie i umocowanie nie może powodować zagrożenia pożarowego i ujemnie oddziaływać na środowiska. W przypadku zdarzeń lub wypadków kolejowych instalacja paliwowa nie może stwarzać zagrożenia pożarowego, w tym szczególnie dla pasażerów i obsługi. Pojazdy typu autobus szynowy o napędzie spalinowym oraz EZT różnią również inne elementy konstrukcyjne, np. sposób przenoszenia napędu, sposób chłodzenia silników, który w autobusach szynowych ze względu na zastosowanie chłodzenia cieczą wymaga innej instalacji niż w przypadku EZT, gdzie chłodzenie odbywa się powietrzem atmosferycznym. Protestujący pomija jednak fakt, że zasadniczą różnicą jest rodzaj zastosowanego napędu. Zamawiający jasno określił, że pojazd musi mieć napęd spalinowy, gdyż będzie on użytkowany na liniach nieelektryfikowanych. Ponadto określił rodzaj pojazdu - „autobus szynowy” - ponieważ trasy, na których będzie on wykorzystywany nie są liniami o dużym potencjale

przewozowym i zastosowanie dużych pojemnych jednostek byłoby nieekonomiczne i mało oszczędne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp zamawiający przywołał wyrok zespołów arbitrów i KIO, w tym wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 roku (KIO/UPZ 657/09), wyrok ZA z dnia 7 marca 2007 roku (UZPjZO/0-207/07) itp. Stwierdził też, że powołał do przygotowania i przeprowadzenia postępowania osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm oraz że przygotował i prowadzi postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej **konkurencji**

1 równe taktowe nie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Zamawiający nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołał wyroki KIO z dnia 27 stycznia 2009 roku (KIO/JZP 52/09) oraz z dnia 13 maja 2008 roku (KIO/LIZP 402/06). Stwierdził ponadto: że nie naruszył wynikającego z art. 22 ust. 2 ustawy zakazu określania warunków udziału w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Pismem z dnia 9 września 2009 roku złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego NEWAG S.A. złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W Odwoisnu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście. Ponadto wniósł o ewentualne wykreślenie spornego warunku udziału w postępowaniu. Jako kolejny argument na uzasadnienie swego stanowiska wskazał, iż utrzymanie wymogu doświadczenia w takiej postaci, jak chce to zamawiający spowoduje, iż w przedmiotowym postępowaniu będzie mógł wziąć udział jedynie wykonawca pod firmą Pojazdy Szybowe PESA S.A.

W dniu 4 listopada 2009 roku odwołujący złożył -do akt sprawy pisma procesowe z dnia

2 listopada 2009 roku, w którym podtrzymał dotychczas prezentowane stanowisko a ponadto wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na podstawie dokumentacji przedmiotu waga postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W przedmiotowej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność zamawiającego, będąca przedmiotem protestu i odwołania, uniemożliwia bowiem odwołującemu się wzięcie udziału w postępowaniu i ewentualne uzyskanie zamówienia.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 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 plan na zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w granicach art. 22 ust. 1 ustawy - Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienie do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę. Jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom

zdolnym do jego wykonania. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienia będą wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji

Analiza powyższego pozwala na przyjęcie, iż dla do zamawiającego należy wybór jakich warunków postawić wykonawcom, aby przekonać się, czy będą oni w stanie wykonać zamówienie*. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowska. W. Łtizerzanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, str 115).

Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, sam decyduje o „niezbędności” czy „dostateczności”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. I które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia I z punktu widzenia zamawiającego. Zgodnie jednak z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza ich niezbędną minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia.

W myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2008 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 37, poz. 582, z późn. zm.) w celu potwierdzenia, opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swym rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiot, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonana należycie.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż tylko wykonanie przez wykonawcę dostawy autobusu szynowego z napędem spalinowym świadczy o doświadczeniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia. W szczególności nie sposób przyjąć, iż dostawa autobusu szynowego z napędem spalinowym tylko wówczas odpowiada rodzajem Innej dostawy, gdy przedmiotem tej drugiej jest dostawa tego samego typu pojazdu. Samo pojęcie „rodzaj” w ocenie Izby ma charakter znaczni® ogólniejszy, uprawniający do przyjęcia, iż dostawa pasażerskich pojazdów trakcyjnych odpowiada rodzajowo przedmiotowi zamówienia.

Przepisy prawne nie precyzują. Jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowania odpowiadająca rodzajem” w odniesieniu do dostaw autobusów szynowych z napędem spalinowym. Zawarta w „Metym słowniku języka polskiego” pod red. 5. Skorupką H. Auderekiej, Z. Łempickiej. Warszawa 1969 definicja określa „rodzaj” jako „coś (ktoś) podobne do czego (kogo). Tym samym przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc), a nie II tylko dostaw tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenia przedmiotu zamówienia).

Zarówno autobusy szynowe, jak i elektryczne pojazdy trakcyjne to pojazdy szynowe z własnym napędem. Izba nie neguje faktu istnienia różnic technicznych i konstrukcyjnych pomiędzy pojazdami. co wynika między innymi ze złożonej przez zamawiającego Opinii z dnia 30 października 2009 roku dotyczącej specyficznych cech konstrukcyjnych i eksploatacyjnych pojazdów szynowych. Niemniej jednak pojazdy te wykazują cechy wspólne uzasadniające zakwalifikowanie Ich jako odpowiadających sobie pod względem rodzaju.

W ocenie Izby określenie „spornego warunku udziału w postępowaniu może wyeliminować z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają co prawda takiego doświadczenia. jakiego wymagał zamawiający, niemniej jednak legitymują się doświadczeniem gwarantującym należyte wykonanie zamówienia. W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowoczesnych pojazdów szynowych, nie mają kompetencji do produkcji autobusów szynowych o napędzie spalinowym w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albowiem zarzut ten pojawił się dopiero w trafici pisma procesowego odwołującego się z dnia 2 listopada 2009 roku. Zgodnie zaś z art. 191

ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, która nie były zawarte w proteście.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu [zła etwłardzita naruszenie przez ze mawiającego przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, orzekła jak w sentencji wyroku stosownie do treści art 191 ust. 1a ustawy Pzp.

Zamawiający zaskarży! wyrok Krajowej Izby Odwoławczej ogłoszony w dniu 9 listopada 2009 roku w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej, na zasadzie art. 196 ust. ustawy, zarzucał

I. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 22 USt. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., - Prawo zamówień publicznych poprzez Jego błędną wykładnię I niewłaściwe zastosowanie, przez uznanie, Ze zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z wymogami ustawy

naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 20 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych poprzez Jego błędną wykładnię I niewłaściwe zastosowania, wobec stwierdzenia, że warunki udziału został określone w 3posób który może utrudniać uczciwą konkurencję,

II. naruszenia przepisu postępowania, tj. art. 1BB ust. 4 u stawy z Onia 20 stycznia **2DD4** - Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie na 3kutek uznania, że ustalenie stanu faktycznego sprawy w zakresie zarzutów odwołania nie wymaga wiadomości specjalnych, pomimo przedstawienia przez Zamawiającego ora przywołania w treści wyroku przez KIO opinii z dnia 30.10.2009 r.. która zawiera wiadomości specjalne.

Wskazując na powyższe, na podstawie art 196 ust. 1 w zw. z art 19El ust 2 zd. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, wnoszę o:

zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez orzeczenie o oddaleniu odwołania, zasądzenie kosztów postępowania, z uwzględnieniem kosztów zastępstw procesowego,

od przeciwników skargi na rzecz Skarżącego według norm przepisanych.

Powyższa zarzuty i wnioski skargi zamawiający uzasadnił tym, że warunki udziału w postępowaniu winny być zgodne z przedmiotem zamówienia. Takie twierdzenie jako powszechnie przyjęte i powielane w orzecznictwie. przyznane również przez przeciwnika skargi stało się podstawą do określenia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego jak i Klejowej izby Odwoławczej w zaskarżanym wyroku to .Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w specyfikacji Istotnych warunków zamówienia w graniCBch art. 22 ust. 1 ustawy - pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonania czynności objętych przedmiotem zamówienia [jeśli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę. Również zdaniem składu izby „(...) to d* zamawiającego należy wybór jakiś warunki postawić wykonawcom, aby przekonać się, czy będą oni w stanie wykonać zamówienie. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym rozumieć jako potwierdzona w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (M. Stachowiak (w.) M. Stachowiak. J. Jeżykowski, W. Dzierżanowski . Prawo zamówień publicznych Komentarz... (str. 113}”.

Mając zatem na uwadze jednoznaczne oświadczenia NEWAG o braku posiadania doświadczenia w realizacji zamówień odpowiadających przedmiotowi zamówienia stanowisko Izby zaprezentowane w wyroku jest nieuzasadnione.

Jak bowiem stwierdzono, zarówno w treści odwołania i potwierdzono na rozprawie odwołujący nie zrealizował dostaw autobusów szynowych identycznych Jak zamawianych w niniejszym postępowaniu w okresie ostatnich trzech lat przed ogłoszeniem o zamówieniu.

W naszym przekonaniu takie oświadczenie stanowi przyznanie braku posiadanego doświadczenia w zakresie realEaoji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia.

.Skoro zatem Zamawiający respektując przepis art. 22 ust. 1 ustawy ma określić wymogi. Jakie musi spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, a wśród nich umieszczono niezbędną wiedzę i doświadczenia wykonawcy. To poprzez takie wymagania ustawodawca zakZył, że ubiegającym się może być tylko taki wykonawca, który uprzednio już wykonywa) czynności stanowiące przedmiot zamówienia, co ma dać większą gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia."

Skoro zatem Odwołujący wprost przyznają, że nie posiada doświadczenia w realizacji przedmiotu zamówienia ta orzeczenie Izby w zakresie dokonania zamiany postawionego pierwotnie warunku powoduje, że do udziału w postępowaniu zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy uprzednio nie mieli do czynienia ze zbudowaniem autobusu szynowego, a zatem Zamawiający w ramach realizacji umowy otrzyma produkt prototypowy, eksperymentalny.

Powyższe stoi w sprzeczności z ideą posiadania dofiwiadraerila. Jak wynika m.in. z Innego orzeczenia Sądu .Słowo doświadczeni oznacza wprawę biegłość, a takie przymioty można zweryfikować skarżonym warunkiem, który wymaga od potencjalnych uczestników doświadczenia nabytego przy wyprodukowaniu minimum 14 ETZ [wieloczołowych} w okresie ostatnich 3 lat, a więc w ilości objętej zamówieniem. Brak takiego warunku powodowałby, że wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym składałyby firmy, które nie mają doświadczenia lecz wiedzę i potencjał wykonawczy powodując, że eliminacja braku doświadczenia dokonywana by była dopiero na etapie zapraszania do zhoZenia ofert" (w mniejszym postępowaniu na atapie realizacji zawartej umowy - przyp. autora). Gałaj Sąd w tym samym wyroku „Zdaniem Sądu Okręgowego Zamawiający, a więc płatnik zamówienia ma prawo, bez naruszanie ustawy Pzp ustalić takie kryteria dla uczestników przetargu ograniczonego, aby brały w nim udział Firmy gwarantujące wykonanie zamówienia na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach bez względu czy są Firmami Krajowymi czy też nie. Jedną z takich gwarancji jest posiadane doświadczenie pctelicgetnega wykonawcy Zamówienie, a które w niniejszym przypadku może być wykazane jedynie dotychczasową produkcją przedmiotu zamówienia. (...) Ustalenia Zespołu Arbitrów, że Zamawiający winien tak skonstruować warunki dopuszczania do składania wniosków o dopuszczania do przetargu, eby mogły ubiegać się o zamówienie również Firmy produkująca produktu podobne do przedmiotu zamówienia celem poszarzenia warunków konkurencyjności nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp. Przedmiot zamówienia stanowi produkt technologiczny i dopiero jego seryjna produkcja daje podstawy do ustalenia, że produkt ten zostai wyprodukowany warunkach popartych doświadczeniem produkcyjnym". Wskazać należy, że również przedmiot niniejszego zamówienia do produkt technologiczny. „Brorac pod uwagę cechy konstrukcyjna, cechy eksploatacyjne oraz wymagania dotyczące ochrony środowiska naturalnego należy stwierdzić, że zarówno autobusy szynowa (oparte ne wózkach jednoosiowych) Jak i wagony motorowe (zwane potocznie autobusami szynowymi) stanowią specyficzną grupę pojazdów szynowych. Szczególną cechą tych pojazdów - odróżniającą je od ETZ (Elektrycznych 2sspołów Trakcyjnych) jest sposób napędu. Napęd spalinowy z przekładnią hydrodynamiczną oraz wałami pędnymi i przekładnią główną {kątową) zasadniczo różni się od napędu elektrycznego lub napędu spalinowego z przekładnią elektryczną. To, że któryś z producentów ma duże doświadczenie w dziedzinie budowy elektrycznych zespołów frakcyjny eh (ETZ) nie oznacza, że potrafi wykonać autóbue szynowy z napędem spalinowym."

Stanowisko Izby je&t zatem tym bardziej dziwne. Ze przyjęta w poczet dowód opinię przedstawioną przez Zamawiającego sporządzoną przez profesorów Politechniki Wrocławskiej z Instytutu Konstrukcji i Eksploatacji Maszyn przy jednoczesnym braku zgaszonych dowodów przez stronę Odwołującą z której wynikałoby ewentualne podobieństwo techniczna I konstrukcyjne lmych pojazdów, w realizacji których NEWAG posiada doświadczenia, a jednocześnie zawarcie w treści uzasadnienia wyroku stwierdzenia o podobieństwie w zakresie rodzaju obu typów pojazdów. Wskazać bowiem należy. Ze wiadomości w zakresie technicznym i konstrukcyjnym pojazdów są bez

wątpienia wiadomościami wymagającymi wiedzy ipacjalistycznej - wiadomości specjalnych, tak więc niemożliwym było uznanie podobieństwa - porównywalności autobusu szynowego i elektrycznego zespołu trakcyjnego baz powołania dowodu z opinii biegłego na tę okoliczność, a Jednoznacznego stwierdzenia że oba pojazdy mieszczą \$lę w kategorii pojazdów tego s&mago rodzaju.

W świetle stanowiska judykatury, gdy rozstrzygnięcie wymaga wiadomości specjalnych niedopuszczalne jest pominięcie dowodu z opinii biegłych. Tak więc dla rozstrzygnięcia tej sprawy Izba winna zasięgnąć opinii biegłego, lub skoro przyjęła opinie złożoną przez Zamawiającego uznać ją jako istotny dowód w sprawie. Tak m.in. SN w orzeczeniu z dnia 16 lipca 1975 r., I CR 331/75 niepubl. Takie samo stanowisko prezentowane jest w następujących orzeczeniach: wyroku SN z dnia 19.12.2006 r. sygn. akt V CSK 360/06 publ. LFX nr 23B973> wyroku SN z dnia 29.11.2006 r. sygn. akt. II CSK 245/06 publ. LEK nr 233063. wyroku SN z dnia 26.10.2006 r. sygn. akt. I CSK 166/05 publ. LEX nr 2D9297, wyroku SN z dnia 24.11.1999 r. sygn. akt I CKN 223/9B publ. Wokanda 2000/3/7, wyroku SN z dnia 11.07.1969 r. sygn. akt I CR 14W69 niepubl., wyroku SN z dnia 9.03.1997 r. sygn. akt. LI UKN 23/97 niepubl., wyroku SN z dnia 21.05.1997 r. sygn. akt II UKN 13V&7 publ. OSNP 4990/3/1 DO, wyroku z dnia 27.11.1974 r., sygn. akt. II CR 743/74 publ. LEX nr 7618.

Zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z 24 listopada 1999, sygn. akt I CKN 223/98: „Powód z opinii biegłego z uwagi na gładkość w postaci wiadomości specjalnych jest dowodem tego rodzaju, iż nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową, np. przesłuchaniem świadka. Jeżeli więc zgodnie z art 275 § 1 KPC sąd może dojść do wiadomości specjalnych wyłącznie poprzez skorzystanie z pomocy biegłego, to sąd dopuszcza się naruszenia art 232 zdanie drugie KPC, skoro z urzędu nie przeprowadza dowodu z opinii biegłego, natomiast dowód ten jest niezbędny dla miarodajnej oceny zasadności wytoczonego powództwa.” Zdaniem Skarżącego pozbawione jakichkolwiek podstaw jest stanowisko izby w którym stwierdza, że „W ocenie Izby określanie spornego 'warunku udziału w postępowaniu może wyeliminować z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają prawdziwego takiego doświadczenia jakiego wymaga! Zamawiający, niemniej jednak legitymują się doświadczeniem gwarantującym należyte wykonanie zamówienia. W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowoczesnych pojazdów szynowych, nie mają kompetencji do produkcji autobusów szynowych o napędzie spalinowych zakresie objętym przedmiotem zamówienia”.

Takie stanowisko jest nie zrozumiałe, wskazać bowiem należy, że Izba po raz kolejny potwierdza brak posiadania doświadczenia przez odwołującego. Ponadto przepis art. 22 ust 1 pkt. 2 w swoim brzmieniu zawiera trzy elementy: doświadczenie, potencjał techniczny w postaci zaplecza technicznego niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, oraz potencjału kadrowego, Ustawodawca zobowiązał do zbadania każdego z tych trzech elementów. Bez wątpienia badać należy doświadczenie, którego NEWAG nie posiada poprzez doświadczenie w realizacji innych pojazdów posiada potencjał techniczny i kadrowy brak jest jednak elementu doświadczenia, które to (a nie potencjał techniczny) daje gwarancję należytego wykonania zamówienia). Trudno zgodzić się z Izbą że jakkolwiek gwarancja, jest brak wykonania chociażby jednego pojazdu który będzie przedmiotem umowy w niniejszym postępowaniu. Co oznacza, że Zamawiający dopiero na etapie realizacji umowy będzie mógł rzeczywiście ocenić doświadczenie wykonawcy, który po raz pierwszy wyprodukuje nowy, nigdy wcześniej nie wykonywany produkt. Wówczas dopiero nastąpi weryfikacja warunku w postaci umiejętności i gwarancji tych umiejętności w odniesieniu do NEWAG S.A.

Wskazać zatem należy, że Izba wadliwie dokonała oceny stanu faktycznego stwierdzając konieczność dokonania zmian w zakresie warunków udziału w postępowaniu, poprzez takie działanie spowodowała, że do postępowania zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy nie gwarantują prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, co stoi w sprzeczności z orzecznictwem. Celem ustalania warunków udziału w postępowaniu jest określenie przez Zamawiającego kręgu wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania posiadających wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, który w przypadku uzyskania zamówienia zrealizuje je do jego należytego wykonania. Umożliwia to osiągnięcia wydatkowana środków finansowych w sposób celowy, oszczędny oraz efektywny, jak również zabezpiecza interes Zamawiającego polegający na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia”. W tym miejscu przytoczyć należy powtarzającą się w orzecznictwie stanowisko „wskazać ponadto należy, iż postawioną przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może określać tu wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu Zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia. Jednakże nie może też nie wymagać określonego doświadczenia w dziedzinach, które objęte są przedmiotem zamówienia, albowiem to uniemożliwiłoby mu ustalenie z należytą starannością kręgu wykonawców zdolnych wykonać zamówienie, w piśmiennictwie z zakresu zamówień publicznych podkreśla się, że Zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy)”.

W związku z powyższym kwestionujemy decyzją Izby co do zmiany postawionych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ma nie tylko prawo ale i obowiązek tak określić warunki udziału, aby do udziału w postępowaniu dopuścić tylko takich wykonawców, którzy mają doświadczenia w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia. „Wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie (utrudni to uczciwą konkurencję), ani zbyt niskie (przez selekcję przesłabiłyby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia)”. W przedmiotowym postępowaniu niedoszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji jak bowiem wykazano w trakcie rozprawy warunki w postaci doświadczenia spełnia kilku wykonawców tj. PESA S.A, Bombardier Sp. z o.o., Alstom Konstal S.A, Stadlar Rail, Siemens Sp. z o.o., a zatem nie ma żadnego zagrożenia naruszenia zasad uczciwej konkurencji, na którą powołuje się NEWAG w postaci spełniania warunków jedynie przez firmę PESA S.A, Argumentacja Odwoływającego, że poza firmą PESA pozostali wykonawcy to podmioty zagraniczne nie może mieć żadnego wpływu, bowiem Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył dostępu do udziału w postępowaniu podmiotów Spoza Polski. Tak więc określenie warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem szczegółowości nie jest sprzeczne z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych i aktami wykonawczymi. Potwierdza to liczne orzecznictwo w tym m.in. wyrok KIO z dnia 17.07.2009 r. sygn. akt KIO/UPZ 57/09, wyrok z dnia 23.07.2000 r. sygn. akt. KIO; DTP 702/03, oraz z dnia 4 lutego 2008 r. sygn. akt. KIOAJZP 123/07). Z których wynika, że „Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek tak określić warunki udziału w postępowaniu, aby do udziału dopuścić tylko takich Wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia. Wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do wielkości i rodzaju przedmiotu zamówienia- (...) Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, że nie wszystkie podmioty działające w tej branży mogą wziąć udział w postępowaniu nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasadę uczciwej konkurencji”. Ponadto wskazać, że Odwoływający formułując protest, a następnie odwołanie wskazał, naruszenie art. 7 i art. 22 p.p. Dodatkowo argumentował, że wymogi siwz naruszają zasady uczciwej konkurencji. Wskazać w tym miejscu należy, że uznanie tej argumentacji przez Izbę jest również niewłaściwe z tego powodu, że brak jest wskazania konkretnych przepisów i zarzutów na czym owa nieuczciwa konkurencja miałaby polegać. Ustawa prawo zamówień publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem odwoływający winien wskazać się na konkretny przepis ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W treści wnoszonych środków brak jest takiego wskazania, co potwierdza zaskarżany wyrok, w którym Izba pozostawiła bez rozpatrzenia zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt. 3 ww. ustawy, co w konsekwencji winno skutkować oddaleniem zażalenia naruszenia art. 22 § 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie jego uznanie.

Uczestnik postępowania Newag S.A w Nowym Sączu wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

Zarzuty zamawiającego okazały się niezasadne. | tak. zarzut dotyczący naruszenia prawa materialnego, przez niewłaściwe za stosowanie art 22 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004c -Prawo zamówień publicznych, polegające na uznaniu, że zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z wymogami ustawy. Zdaniem Sądu Okręgowego, przepis ten ma na celu zapewnienie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jedynie tym wykonawców, którzy mają niezbędną wiedzę i doświadczenia oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że wskazanie powinno być bardzo precyzyjne, i jest ono ważną czynnością zamawiającego, bo od niej zależy wynik samego postępowania. Warunki te zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jakóblińsk ustawodawca pozostawia zamawiającemu w tym zakresie, w zakresie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pewną swobodę, to jednak istnieje tu ważne ograniczenie owej swobody, czyli względ na nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym

obowiązek takiego kształtowania warunków, aby przedstawić udział w zamówieniu podmiotom zdolnym do jego wykonania. Sytuacja, może prowadzić, co słusznie zauważyła KIO do próby ograniczenia konkurencji przez zamawiającego na stopień przystąpienia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych podmiotów. Oczywiście zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu. Summa decyduje o niezbędności cech, które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia. Jednakże zamawiający nie może w tym zakresie wyjść poza ich niezbędne minimum uzasadnione przedmiotem zamówienia, aby nie doprowadzić do ograniczenia konkurencji i. H. z. powołanego przez KIO rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z 19 maja 2006r. w sprawie- rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadających swym rodzajem i wartością doświadczeniom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należyście. Sąd Okręgowy uznał, że Izba w właściwy sposób oceniła, że nie tylko, jak chciał zamawiający, wykonanie przez wykonawcę dostawy autobusu szynowego z napędem spalinowym świadczy o doświadczeniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Należy podzielić zapatrywanie izby w szczególności co do tego, że jest dostawą autobusu szynowego z napędem spalinowym jedynie wówczas, gdy odpowiada ona rodzajem innej dostawy, i gdy przedmiotem tej innej dostawy jest dostawa tego samego typu pojazdu. Przy czym istotnie, pojęcie rodzaj, w ocenie ma charakter znacznie ogólniejszy i można pod nim rozumieć także pojęcie pasażerski pojazd szynowy. Pod pojęciem odpowiadam rodzajem należy rozumieć przedmiot podobny, a nie tożsamy. Sąd Okręgowy uznał, że 20 elektryczne pojazdy trakcyjne oraz autobusy szynowe są pojazdami szynowymi z własnym napędem. Jakkolwiek istnieją między nimi różnice, co wynika chociażby z opinii prywatnej złożonej przez zamawiającego na Politechnice Wrocławskiej, ale z punktu widzenia prawa zamówień publicznych wykazują one wspólne cechy, jak wskazała w swoim uzasadnieniu KIO. bo odpowiadają sobie pod względem rodzaju.

Sąd Okręgowy uznał także, że Krajowa izba Odwoławcza nie naruszyła przepisu art. 53 ust. 2 ustawy-Prawa o zamówieniach publicznych poprzez błędne jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, wobec stwierdzenia, że warunki udziału zostały określone w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Skoro przepis art. 23 określa warunki jakie musi spełniać każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne, to jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia przedstawiona przez zamawiającego określa te warunki w taki sposób, że ogranicza konkurencję, to słusznie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że takie ich sformułowanie może ograniczać uczciwą konkurencję. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może mieć bowiem charakter dyskryminacyjny jeżeli prowadzi do wyłączenia określonej grupy potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny (tak uchwała Sn z 1 fi.09.2a02r- fil C ZP 52:2D02, OSNC 2003, nr 6, poz. 1000). Jakkolwiek, co wynika z orzecznictwa Zespołu Arbitrów przy Uzp, zamawiający ma prawo do wskazania konkretnych warunków jakich będzie oczekiwał od wykonawców mogących brać udział w zamówieniu. Jednakże ustalone warunki nie mogą eliminować z postępowania tych wykonawców, którzy posiadają wystarczające doświadczenia w realizacji zamówienia. I jeszcze jedno orzeczenie zacytowane w odpowiedzi na skargę uczestnika Newag S.A. w Nowym Sączu, w którym KIO stwierdza, że wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia i nie być zbyt wysokie, gdyż mogłyby to utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszkliły wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z 9.12.2009r.) Stąd też należy uznać, że wskazanie w SIWZ warunku doświadczenia w wykonaniu przedmiotu tożsamego z przedmiotem zamówienia stanowi działania ograniczające uczciwą konkurencję.

W sprawie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 100 ust. 4 ustawy-Prawa o zamówieniach publicznych, to należy stwierdzić, że nie zachodzi tu sytuacja wymagająca dla ustalenia stanu faktycznego sprawy wiadomości specjalnych. Przepis wyżej cytowany przyznaje jedynie uprawnienie Krajowej izbie Odwoławczej dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, jeżeli wymaga tego ustalenie stanu faktycznego. KIO może jednak dokonać oceny materiału dowodowego i na tej podstawie ustalić stan faktyczny sprawy na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału sprawy. Jednocześnie KIO może dopuścić jedynie dowód z opinii biegłego z listy biegłych sądowych ustanowionych w sądach okręgowych. W niniejszej sprawie KIO dowodu z opinii biegłego nie dopuściło, jakkolwiek miało rta uwadze wywody zawarte w prywatnej opinii złożonej przez

zamawiającego (czemu Izba dała wyraz w uzasadnieniu wyroku). Skoro KIO dcwodu z opinii biegłego

„fe dopusca. » proton™ PW

prywatka. o k>ym WOM w ad- 245 kp.c. (tak oiMWem* SN i e.S9.2001r-

2003. nr 8 poz- 197).

Mając na uwadze powyższe oKoliczności orzeczono jak na wstępie. Orzeczenie o kosztach postępowania przed Sądem Oknowym, wywołanym.skarga oparto o przepisie aft k.p.c.

A.: /j ■■/•'.■"■

'-!■i

i", ■ i il-JKie.-■'•nił*-

i A^A A --.; A ?'•• ••■ -¹ ■ V 7 ■ **y

\ , _X Wyi.J.i.;> "jafcunri-zyiT.

\ _ - -'Xt<.Tiętv. Ci: ■•:■• •A -i ¹¹ • •■V t.-: lu**'i ■'■

V'

,Ar?n:jyp'OL'tn/n