

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia OS listopada 2009 r

**Sad Okręgowy w Krakowie Wydział X!I Gospodarczy - Odwoławczy w
na stępi ij a<:yni akia dzie:**

Przewodniczący- Sędzio' SO Aniela Pakosiewicz

Sędzia: SC Janusz Bcim

Sędzia; SO Adam Sęk

Protokolant: st, sekr. sądowy Paweł Szewc

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2009r, w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółki
Akcyjnej w Krakowie

przeciwko H.CcgieJski Fabryce Pojazdów Szynowych spółki z ograniczona
odpowiedzialnością w Poznaniu
a udzielenie zamówienia publicznego

na skute Ir skargi Miejskiego Przed siebors Lwa Komunikacyjnego Spółki
Akcyjnej w Krakowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2009 r.
sygn. ak L KI O / U ZP 1053/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób że oddala odwołanie;

U. zasądza od K. Cegielski Fabryki Pojazdów' Szynowych spółki z

ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu na rzecz Miejskiego
Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółki Akcyjnej w^p Krakowie
kwoLę 3.917 zł (słownie; Lrzy tysiące dziewięćset siedemnaście

złotych] Ly tułem kosztów postępowania.	
---	--

✓' 1-- - ■' ■■■ r AZ- \ i¹-35 ■■■■, ■' ' ■' ■' ; ■' - ■■■ X s J	* ery glifjH wMefm pęto żfodH M / wfofirtafrr £ hfiffirTilS Starjn/nSijfrfrflrj
---	---

XII Ga 340/09

UZASADNIENIE wyniku z dnia 6 listopada 2009 r.

W dniu 26 czerwca 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2009/S 120-175415 ukazało się ogłoszenie związane - Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego spółki akcyjnej w Krakowie (MPK SA) o udzieleniu zamówienia sektorowego, pod nazwą „zakup nowego taboru tramwajowego dla MPK SA w Krakowie w ilości 24 sztuk”, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego,

W dniu 1 lipca 2009 r. uczestnik H. Cegielski Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (FPS) dożyła **protest** wobec brzmienia sekcji III punktu 2.3 podpunktu 2 wskazanego Ogłoszenia, w którym zamawiający wymagał, by wykonawcy w celu prawidłowego wykonania zamówienia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykazał, iż w ciągu ostatnich (czterech) lat, przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonali dostawy co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych napędzanych silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej podłogi. W protestie zarzucono, iż zapis ten narusza przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., tj. DzU z 2007 r., nr 223, poz. 1655 ze zm. zwana dalej pzp) co przejawia się utrudnianiem uczciwej konkurencji, a także godzi w przepis § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. W sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich 10 dokumenty mogą być składane, gdyż zamawiający domaga się wykazania wykonania dostaw tramwajów o konkretnych cechach, u przepis Sianowi, że wykonawca może udowodnić niezbędną wiedzę i doświadczenie udokumentowaniem dostaw zbliżonych z przedmiotem zamówienia jedynie w podstawowym zakresie czy charakterze.

W dniu 15 lipca 2009 r. zamawiający oddalił protest w odpowiedzi na co w dniu 24 lipca 2009 r. FPS wniosł **odwołanie** do Krajowej Izby Odwoławczej i podtrzymując swoją argumentację zawartą w protestie domagała się nakazania zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia w taki sposób, aby treść ta nie naruszała powyżej wskazanych przepisów, a w

Przyjęto, iż uwagi na powyższe nie pozwalają już na dokonanie wnioskowanej wyżej zmiany, **nie** ; **nie**

zmiany Ircsei ogłoszeniu, odwołujący wniósł o nakazanie MPK SA unieważnienia postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania FFS wskazała, że produkcją tramwajów sprowadza się do nilegnacji jioszczególnych elementów składowych. wrytwar/.mnych przez kilka renomowanych dnsiawców zewnętrznych i elekt końcowy zależy jedynie od ich doświadczenia. a nie od praktyki linalnego producenta pojazdu. W Świele tego nieusprawiedliwiony i noius/ajęcy zasadę równej konkurencji jesl wymóg zamawiającego, by wykonawca legitymował się wykonaniem w ciągu ostatnich i rzęch lat 24 tramwajów z udziałem 60% niskiej podłogi, niezasadne jesl również, by brak- spełnienia tego warunku dyskwalifikował uczestnika od udziału w posłępnwŁinitk Odwołujący podkreślił, że proces produkcji Lounwajów niskopoŁlogowyci z punktu wadzenia technologii i konstrukcji nie różni się od produkcji tramwajów o innych cechach, a jedyne oboczności dotyczą kształtu >:w, pudła. Zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu wanuick wykazania się wykonaniem tramwajów o sprecyzowanych parametrach ograniczą konkurencję i powoduje, że w postępowaniu bierze udział znacznie mniej producentów, niż byłoby lo w sytuacji wyeliminowaniu rygorystycznego zapisu ogłoszeń tn.

L zasadą i ująć zarzut naruszenia ij 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Pce/.ęsa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie md/ajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od W' ykonawcy o ra?. ipm. w jakich te do kuinen ty Tnogą. być składane od wołu jacy zaznaczył, i ż przepis ten ma chamki er zamknięty, czn.. że zamawiający może jedynie wymagać od wykonawcy wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich waiwei, przedmiotu, dal wykonalna i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dusŁfiwy lnb usługi/ostały wykonane należycie. Nie jesl dopuszczalne żądanie od wykonawcy jakicbkołw-iek innych dokumentów. Powołując się na stanowisko dokuyiny eraż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) odwołujący zaznaczył, że sformułowanie: .. JorZcrtł' (óiw 11-j/EJ/y'ifg:vch rodzajem riżwrtmrjrł ót-yiczj-mprzafmHtHw} postępowania. " należy rozumieć z uwzględnieniem pojęć zdefiniowanych we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV), gdzie dostawa tego samego rodzaju to dostawa należąca do tej samej grupy zgodnie z definicjami w CPV. Oznacza to zakaz formułowania wymogów wobec wykonawców w 'iposób subiektywny, co prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Wyrokiem 7 dnia 26 sierpnia 2009 r, (KTO/LZP 1053/09) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i zobowiązała zamawiającego do dokonania zmian w sekcji ,11 punkcie 2.3 podpunkcie 2 ogłoszenia o zamówieniu nr 2009/S 120-175415 przez zamieszczenie po słowach „w iytń okresie" sformułowania o następującym brzmieniu - .. *należycie wykonali dostą p co najmniej 24 sztuk tramwajów przeznaczonych Jo przewozu osób* ", i nakazała przedłużenie terminu do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postulowaniu oraz uwzględnienie tej zmiany w sekcji III punkcie 2.3 podpunkcie 3.2 ogłoszenia. W punkcie 2 wyroku obciążono zamawiającego kosztami postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie ustalenie warunków udziału w postępowaniu, które zapewni dostęp do udziału w przetargu wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie w należyty sposób. W przypadku ogłoszenia o zamówieniu publicznym udzielanym w trybie przetargu ograniczonego, jak w niniejszej sprawie, zamawiający stO;>ownie do przepisu art. 48 ust. 2 pkt 6 pzp ma obowiązek w ogłoszeniu zawrzeć opis warunków udziału oraz podanie ich znaczenia oraz przedstawić sposób dokonywania oceny spełnienia tychże wymogów. Zamawiający ustalił, że dopuści do składania ofert 5 wykonav.TÓw - minimalną liczbę wskazaną w art. 51 pzp. Brorąc to pod uwagę prawidłowe sformułowanie wiuunków udziału w postępowaniu tna zasadnicze znaczenie dla zagwarantowania dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy faktycznie są w stfuiie wykonać zamówienie. Opis warunków udziału w postępowaniu tnie może zawęzać doświadczenia potencjalnych wykonawców do tożsamesgo, jak w prowadzonym postępowaniu - tak 00 do przedmiotu, jak i wartości czy zakresu. W ocetie KIO **tożsamość doświadczenia wykonawcy z przedmiotem zamówienia** zachodzi nie tylko wtedy, gdy many do czynienia z pełną identycznością pizeómioni zamówienia

i wymaganego od wykonawcy doświadczenia, ale wystarczy, by zamawiający wymagał kilku lub też nawet jednej maksymalnej cechy, która wykluczy od postępowania uczestników zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 7 dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz, form, w jakich te dokumenty mogą być składane w sposób pośredni określa także poziom doświadczenia wymaganego od wykonawców i zamawiający nie może w sposób dowolny weryfikować zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, skoro przepisy ustanawiają zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w uzasadnieniu wyroku, że ograniczenie dostępu do postępowania przez wprowadzenie wymogu wykazania doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia, narusza interesy tych wykonawców, którzy dysponują

-I I

odpowiednim doświadczeniem i potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia. Dałoby to naruszenia przepisu u art. 7 ust. 1 pzp przez niezapewnienie równego traktowania wykonawców i deprecjacja uczciwej konkurencji. Za niezasadne Izba uznała także postawienie **warunku wykazania się wykonaniem ściśle określonej baby tramwajów (24)**. W jej ocenie również wykonawca, który legitymuje się wyprodukowaniem 20 tramwajów spełni warunek wykonania 24 sztuk, a ilość wyprodukowanych tramwajów, jaka element oceny oferty, umożliwi również udział wykonawcy, który wykonał ich w znacznie większej liczbie i dzięki temu będzie miał większą szansę na wygranie przetargu. Odwołujący ma wieloletnie doświadczenie w produkcji pojazdów szynowych, w tym różnego rodzaju tramwajów, co było w sprawie bezsporne. W szczególności odwołujący jest producentem niskopodłogowego tramwaju Puma, napędzanego silnikiem prądu zmiennego posiadającego wymagane badania homologacyjne i dopuszczonego do ruchu. Wykluczenie go z przetargu z powodu niespełnienia warunków ogłoszenia jest dla niego niekorzystne, stąd (on **posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej** w postępowaniu. W ocenie Izby nie ma znaczenia fakt, że do tej pory odwołujący legitymował się wykonawstwem tramwajów o Zwartości niższej wartości, niż opisane w ogłoszeniu. Niezasadne jest twierdzenie zamawiającego, że są przecież wykonawcy, którzy legitymują się wymaganym w ogłoszeniu doświadczeniem, skoro przez takie sformułowanie warunku udziału przetargu wyeliminowało podmioty będące w stanie zrealizować zamówienie, izba podkreśliła, że prawo wspólnotowe nakazuje otwieranie się na konkurencję, a wyrazem tego ma być m.in. zakaz tworzenia niezasadnionych przeszkód w specyfikacjach technicznych, a prawo krajowe powinno być wykładane zgodnie z wymogami prawa europejskiego.

W uparciu o powyższe rozważania KIO uznała za zasadny zarzut naruszenia przepisu art. 7 i 22 ust. 1 pkt 2 pzp i uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 pzp, orzekając jak w sentencji.

W tym samym wyroku skargę złożył zamawiający wniosek o jego zmianę i oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego według złączonego rachunku oraz kosztów postępowania sądowego. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

- naruszenie **art. 197 ust. 1 p.p.** poprzez uznanie, że odwołującemu przysługuje interes prawny w o wnoszeniu środków ochrony prawnej w postępowaniu prowadzonym przez skarżącego pod nazwą „dostawa nowego taboru tramwajowego dla MPK SA w Krakowie w ilości 24 sztuk,

- naruszenie **art. 12 ust 1 pkt 2 p.p w zw. z § 1 ust 2 pkt 2 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez uznanie, że MPK SA jako zamawiający, formułując ogłoszenie o zamówieniu w sekcji III punkcie 2.3 podpunkcie 2 iądał od wykonawców wykazania doświadczenia. w dostawie tego

Posiłkując się bogatym orzecnictwem KIO oraz Sądów Okręgowych skarżący posuwa się do wniosku, że **przedmiotowe pojęcie fiiwinni p'adkaa wykładni celowościowej**. OziueZH In przyjęcie, że zamawiający ma prawo do takiego opisanu warunków /iTiiowienia. by zapewnić sobie realizację postawionego sobie celu, a sama ustawa - Prawo zamówień publicznych nie może być posużana jedynie przez przyznanu pojmowanej absolutnie zasady

równości konkurencji i w oderwaniu od jej celu, jakim jest zapewnienie jak najlepszego wykonania zamówienia publicznego. W świetle tego nie jest naruszaniem uczciwej konkurencji takie określenie warunku udziału w postępowaniu, które jest w stanie spełnić nieliczna grupa wykonawców. Zamawiający określił w ogłoszeniu Irzy ogólne cechy, jakim musi (Kipowładać finalny produkt; przegubowość, napęd na silnik prądu zmiennego oraz co najmniej 60% niskiej podłogi - be/ żadnych dalszych specyfikacji- Doświadczenie w zakresie wszystkich trzech właściwości gwarantuje właściwe wykonanie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 22 u.s.l. I pkt 2 pzp skarżący powołał się na definicję czynu nieuczciwej konkurencji, zawartą w art- i? ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisy art. 6 - 3 ustawy z dnia 16 Sutego 206“ r, u ochiunic konkurencji i ko. suimentów, które przewidują zakaz? porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej. Zamawiający zauważył potrzebę równego traktowania wykonawców i nie stwarzania banec uniemożliwiających wzięcie udziału w postępowaniu. W maksymalnie dużą liczbę chętnych spełniających warunki, lecz jego zadaniem jest także zapewnienie, by zamówienie zostało wykonane [rzez podmiot o najlepszym potencjale ceahilologicznym] i z doświadczeniem w realizacji podobnych zamówień. W ocenie skarżącego RIO nie zważając na gramatyczną, wykładnię pojęcia „tożsamy” odniosła go w nieuzasadniony sposób do zawartego w ogłoszeniu warunku.

Omawiając naruszenie art. 191 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pzp zamawiający zarzucił **nieprawidłowe rozstrzygnięcie** w sentencji wyroku KI Oj gdyż wskazany przepis nie zezwala **na nakazanie zamawiającemu zamieszczenia w ogłoszeniu ściśle** określonej treści. Zdaniem skarżącego Jyha może w wyroku jedynie nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego - z uwzględnieniem ocen sformułowanych przez arbitrow. Dodatkowa KIO nakazała w wyroku przedłużenie terminu do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz uwzględnienie tej zmiany w sekcji III punkt 2.3 podpunkt 3.2 ogłoszenia, czego nie domagano się w protestie, a więc **or zeczono** w tym zakresie ponad zarzuty^

Odpowiadając na skargę H. Cegielski Fabryki Pojazdów Szynowych sp. z o .o. wniosła o jej oddalenie jako bezzasadnej o zasadzanej od skarżącego na rzecz strony przeciwnej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Dodatkowo zamawiającego o dopuszczenie jako dowodu pisma zamawiającego do strony przeciwnej nr FZ/ZP/2671/09 z **dnia** 7 września 2009 r.

Przeciwnik skargi podniósł, że normy art. 7 i 22 pzp to przepisy o nadrzędnym charakterze, wyznaczające granice normatywne dla kształtowania przez zamawiającego podmiotowych i przedmiotowych warunków wstępnych zamówienia. Niedopuszczalne jest takie ich sformułowanie, które chociażby mogło tylko utrudnić uczciwą konkurencję. Strona przeciwna zarzuciła zamawiającemu, że wyróżniając rynek tramwajów niskopodłogowych jako rynek właściwy może stosować zasadę równej konkurencji dopiero na etapie oceniania ofert uprzednio dopuszczonych wykonawców, a takie stanowisko nie znajduje uzasadnienia w

określających przepisach. Zdaniem FPS zamawiający powinien skorzystać z dowodu w **postaci opinii biegłego w celu stwierdzenia** czy może potraktować rynek tramwajowy **jak rynek docelowy**. W wykreowaniu, owego obszaru rynków właściwych bez i słotnego powodu strona przeciwna upatruje naruszenia wymogów uczciwej konkurencji.

Potwierdzeniem jej argumentacji ma być treść pisma zamawiającego z dnia 7 września 2009 r., informującego, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgłosiło jedynie 6 wykonawców, a skoro do złożenia oferty dopuszczonych zostanie tylko 5 podmiotów, to zniweczona jest jakakolwiek konkurencja, a nadto dziwnie na szkodę zamawiającego.

Nawiązując do treści § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

i 9 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, strona przeciwna zarzuciła zamawiającemu, iż nie wykazał skutecznie, że wyłożenie rodzaju dostawy takiego, jak w warunkach udziału w postępowaniu jest zasadne i w efekcie warunek ten oznacza nie rodzajowo zbieżno, ale zasadniczo tożsame doświadczenie wykonawcy z przedmiotem zamówienia, co narusza wskazany przepis.

Odnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 191 pzp strona przeciwna zauważyła, że nie ogranicza on w żaden sposób KETJ do konkretnego wskazania, na czym mają polegać nakazane zmiany. Również twierdzenie o orzekaniu ponad zfaktury jest (w ocenie FPS) nieuzasadnione, gdyż stanowi jedynie konsekwencję nakazu dokonania zmian w sekcji III punkcie 2.3 do punktu 2 ogłoszenia.

Powołując się na przytoczoną argumentację strona przeciwna wniosła o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy w Krakowie zważył co następuje

Skarga jest zasadna, albowiem w sprawie zachodzą podstawy do wzruszenia zaskarżonego wyroku.

Kwestią najistotniejszą determinującą wynik sprawy jest ocena, czy postawiony przez zamawiającego warunek uczestnictwa w postępowaniu w zakresie wymogu doświadczenia oferentów, jest warunkiem sprzecznym z prawem tzn. naruszającym zasadę udziału w zamówieniach publicznych określoną w art. 7 ust. 1 P.z.p. (zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) oraz przepisy § 1 ust 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa

karty Miast z 19.V.2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, „jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wbrew odmiennemu stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, postawiony przez zamawiającego warunek nie narusza powołanych wyżej przepisów i był warunkiem dopuszczalnym. Rozważając kwestię dopuszczalności treści tego warunku trzeba mieć na względzie, że w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający wskazał jako przedmiot zamówienia „dostawa nowego taboru tramwajowego dla MPK SA w Krakowie w ilości 24 sztuk” (sekcja II J. L), a w krótkim opisie przedmiotu zamówienia wskazał „wagony tramwajowe przegubowe o długości minimum 31 metrów oraz szerokości 2,3 do 2,4 m, o minimalnej pojemności 220 osób (5 osób/m²), napędzone silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej prędkości, klimatyzowane wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym” (sekcja II Lh).

Dla tak określonego przedmiotu zamówienia, zamawiający w ogłoszeniu zamieścił warunki udziału, którymi między innymi była zdolność techniczna wykonawców. Zdolność ta została określona w sekcji III 2.3. w taki sposób, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie (sekcja IU 2.3.1.), którą potwierdzą należytym wykonaniem w okresie 3 ostatnich lat dostaw 24 sztuk tramwajów przegubowych napędzanych silnikami prądu zmiennego z udziałem minimum 60% niskiej prędkości.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.V.2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wykazu dostaw odpowiadających swoim **rodzajem i wartością dostawianemu stanowiącemu przedmiot zamówienia.**

Porównanie określonego w ogłoszeniu przedmiotu zamówienia z wymaganym od wykonawców doświadczeniem w produkcji tramwajów nowej generacji, prowadzi do odmiennej oceny warunku uczestnictwa, niż ocena dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku.

Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1 pkt 2 P.z.p. zamawiający ma prawo wymagać od potencjalnych wykonawców niezbędnego doświadczenia i wiedzy do wykonania przedmiotu zamówienia. Skoro zatem w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia są tramwaje o określonych cechach technicznych (niskopodłogowe, przegubowe, zasilane prądem zmiennym), to niezbędną wiedzę i doświadczeniem potencjalnego wykonawcy, jest **wiedza i doświadczenie** właśnie w [uodukcji takich tramwajów jak określone w zamówieniu, a nie w produkcji jakichkolwiek tramwajów przeznaczonych do przewozu osób., jak przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza.

W okolicznościach niniejszej sprawy wykazanie się niezbędnym doświadczeniem i wiedzą do wykonania przedmiotu zamówienia. to wykazanie się przez potencjalnego wykonawcę właśnie dostawami tramwajów przegubowych, niskopodłogowych, zasilanych prądem zmiennym, gdyż tylko takie dostawy będą potwierdzały niezłą praktykę odpowiadającą rodzajowo przedmiotom zamówienia.

Postawiony zatem w ogłoszeniu o zamówieniu warunek uczestnictwa w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia od potencjalnego wykonawcy w żaden sposób nie narusza art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy z 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jak również nie narusza przepisów⁷ § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów⁷ z dnia 19.V.2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane. Należy zgodzić się ze skarżącym, że Krajowa Izba Odwoławcza, dłu oceny kwestionowanego warunku uczestnictwa błędnie przyjęła, że zamawiający w tym warunku wymagał od wykonawców doświadczenia w dostawie tego samego typu tramwaju, w tym zakresie Sąd Okręgowy podziela w całości wywody skarżącego dotyczące pojęcia typu tramwaju i wykładni przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 grudnia 2003 r. w⁷ sprawie homologacji tramwajów i trolejbusów. Podane przez zamawiającego cechy techniczne tramwajów (przegubowość i niska podłoga nie są cechami przesądzającymi o typie tramwajów. Należy się zgodzić również z⁷ e skarżącym, że Krajowa Izba Odwoławcza analizując kwestionowany warunek udziału w postępowaniu, dokonała również błędnej wykładni pojęciu „dostaw odpowiadającym swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia” opierając swoje stanowisko na klasyfikacjach statystycznych zawartych we Wspólnym Słowniku Zamówień CPV i Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) oraz wykładni przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 r. Nr 230. poz. 23 06). Zgodzić się należy ze skarżącym, że wskazane przepisy zostały wydane dla różnych celów, zawierają różne pojęcia i nie one mają przesadzać o rozumieniu pojęcia „dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia” - Sąd Okręgowy w tym zakresie nie podziela poglądu doktryny, że dostawa tego -samego rodzaju, to dostawa należąca do tej samej grupy zgodnie z definicjami zawartymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, na który m pogląd powoływał się odwołujący.

Należy więc wskazać, że przy analizie kluczowego w niniejszej sprawie pojęcia „dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia” należy uwzględnić również stanowisko odwołującego w kwestii rozumienia przez niego tego pojęcia. Przecież odwołujący nie kwestionował, że warunek uczestnictwa w postępowaniu dotyczył określonego rodzaju tramwajów, Odwołujący w swoim protestie wyraźnie stwierdził, że: „w świetle powyższych warunków rynku tramwajów, Żądanie posiadania doświadczenia w dostawach **tramwajów konkretnych rodzajów** stanowiło rażące Ograniczenie konkurencji, które w nieuzasadniony sposób dyskwalifikowało wykonawców dostarczających w ciągu ostatnich trzech lat inny niż wskazany przez zamawiającego rodzaj tramwajów”

Skoro zatem z twierdzeń własnych protestującego (odwołującego) wynikało, że na rynku tramwajów produkowane są tramwaje różnych rodzajów, to jego stanowisko powinno być uwzględnione przy ocenie kwestionowanego warunku.

Należy się zgodzić również z zarzutami i wywodami skargi, że postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu nie narusza zasady uczciwej konkurencji (art. 7 P.Z.p.), w aspekcie przyjętym przez Krajową Izbę Odwoławczą. Godząc się z poglądem

Krajowej Izby Odwoławczej o to, że niedopuszczalnym ograniczeniem konkurencji, jest żądanie wykazania się przez wykonawcę doświadczeń tem w dostawach tożsamych z przedmiotem zamówienia, to można jednak zaakceptować stanowiska KIO, że dla przyjęcia takiej tożsamości wystarczające jest podanie nawet jednej cechy zamykającej konkretnemu wykonawcy drogę do uczestnictwa w postępowaniu. Należy się zgodzić ze skarżącym, że prawidłowe rozumienie słowa „tożsamy” oznacza „ten sam” i takie znaczenie „tożsamy” wyklucza uznanie za tożsame przedmioty, które mają, tylko kilka (ale nie wszystkie) cech wspólnych. Odnosząc te uwagi do okoliczności badanej sprawy należy stwierdzić, że określony w zamówieniu wymóg doświadczenia nie jest tożsamy z przedmiotem zamówienia.

Trafny jest także zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisów art. 191 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 191 ust. 2 P.z.p., Izba uwzględniając odwołanie może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności, lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zmianę treści warunku udziału w postępowaniu. Zgodzić się należy ze skarżącym, że wskazany przepis nie stanowi podstawy do ingerencji Izby w treść konkretnego zamówienia. Jeżeli w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kwestionowany warunek udziału w postępowaniu narusza prawo, to należało zamawiającemu nakazać wykonanie lub powtórzone czynności z uwzględnieniem wytycznych Izby, a nie polecać modyfikację treści konkretnego warunku udziału.

Również zasadny jest zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu art. 191 ust. 3 P.z.p. Należy stwierdzić, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem w proteście. Odwołujący w swoim proteście nie wnioskował o przedłużenie terminu do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a o orzeczenie w tej kwestii przez Izbę było niedopuszczalne, albowiem wykraczało poza zakres zarzutów odwołującego.

Natomiast nie zasługuje na uwzględnienie zarzut skarżącego, że odwołujący nie posiadał interesu prawnego w wniesieniu środka ochrony prawnej. Odwołujący miał w niniejszej sprawie interes prawny w wnoszeniu środków prawnych, tj. w treści ogłoszenia, albowiem na skutek zakwestionowanego przez niego warunku udziału - jako sprzecznego z prawem - pozbawiony został możliwości uczestnictwa w tym postępowaniu. I ostatecznie w wyniku rozpoznania środków ochrony prawnej - nie została rozstrzygnięta ostatecznie kwestia naruszenia prawa przez zamawiającego w zakresie warunków udziału, odwołujący miał interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Stwierdzając powyższe, w uwzględnieniu zasadnej skargi zamawiającego, Sąd Okręgowy w Krakowie na zasadzie art. 191 ust. 2 P.z.p. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił odwołanie wniesione przez H. Cegielski — fabrykę Pojazdów Szybowych Spółkę z o.o. w Poznaniu.

C) kosztach postępowania skargowego orzeczone na podstawie art 191 & pkt 5 P.z.p.

artykuł 191 pkt 5 P.z.p.

Art. 191 pkt 5 P.z.p.
zaskarżony wyrok