

Sygn. akt KIO/UZP 275/09

WYROK
z dnia 24 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław** protestu z dnia 13 lutego 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 8 tramwajów trzyczłonowych z częścią niskopodłogową oraz 4 składów tramwajowych dwuwagonowych

2. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław** na rzecz **H.Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na dostawę 8 sztuk tramwajów trzyczłonowych z częścią niskopodłogową oraz 4 składów tramwajów dwuwagonowych.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej ustawą – Pzp.

Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 stycznia 2009 roku Nr 2009/S 21-030398.

W dniu 13 lutego 2009 roku H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, ul. 28 Czerwca 1956 roku Nr 223/229, 60-965 Poznań, zwana dalej Odwołującym się, wniosła protest wobec treści ogłoszenia o postępowaniu.

Odwołujący się podniósł, iż wymagania Zamawiającego zawarte w treści pkt. III.2.3). "Zdolność techniczna" ogłoszenia o zamówieniu pozostają w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa i naruszają w szczególności art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, przez co uniemożliwiają wzięcie udziału w postępowaniu większej ilości wykonawców, w tym Protestującemu, zdolnym do wykonania zamówienia i posiadającym niezbędną w tym celu wiedzę, potencjał techniczny oraz doświadczenie. Zdaniem Odwołującego się ww. wymagania Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu naruszają uczciwą konkurencję.

Nadto Odwołujący się wskazał, iż Zamawiający naruszył, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zasadę równego traktowania wykonawców zapewniającą zachowanie uczciwej konkurencji, poprzez nie skorzystanie z przysługującego mu na podstawie art. 83 ust. 2 ustawy Pzp uprawnienia, polegającego na możliwości podziału przedmiotu zamówienia na części. Brak podziału przedmiotu zamówienia na części (vide pkt. II.1.8. ogłoszenia o zamówieniu), z których jedna powinna dotyczyć zamówienia 8 sztuk tramwajów niskopodłogowych, a druga zamówienia 4 sztuk tramwajów wysokopodłogowych, prowadzi w uznaniu Odwołującego się, do znacznego ograniczenia konkurencji.

Wobec powyższego Odwołujący się zażądał modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, poprzez dostosowanie jego treści do stanu zgodnego ze wskazanymi powyżej przepisami ustawy Pzp, a w przypadku uznania przez Zamawiającego, iż wad tych nie można poprawić na podstawie ustawy Pzp, Odwołujący się zażądał unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący się wskazał, iż w punkcie 111.2.3) ogłoszenia "Zdolność techniczna" Zamawiający sformułował wobec wykonawców wymaganie, zgodnie z którym, aby mogli się oni 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 4 sztuki trójczłonowych tramwajów, z co najmniej 20% udziałem niskiej podłogi z załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały zrealizowane należycie. "

Zdaniem Odwołującego się sformułowanie ujęte w wyżej przytoczonym pkt. 111.2.3) ogłoszenia, narusza przepis art. 7 ust. 1 oraz przepis 22 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż ten warunek udziału w postępowaniu nie może zostać spełniony przez producentów, którzy w ostatnich 3 latach nie uzyskali odpowiedniej ilości zamówień na tramwaj trójczłonowy z odpowiednim udziałem niskiej podłogi, ale realizowali zamówienia odpowiadające swoim rodzajem (zastosowania wymaganej technologii w zakresie innych typów tramwajów) i wartością dostawą stanowiącym przedmiot zamówienia w Postępowaniu. Zamawiający, żądając, aby wykonawca wykazał się zrealizowaniem dostaw aż 4 sztuk konkretnych typów tramwajów, co stanowi aż połowę tramwajów niskopodłogowych stanowiących przedmiot zamówienia, nie dokonał określenia tego wymagania w oparciu o obiektywne przesłanki, zapewniające dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego się prawidłowe formułowanie warunków udziału w postępowaniu, a więc w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, oznacza wyznaczenie pewnego jedynie minimalnego poziomu doświadczenia, który oczywiście powinien być uzależniony od przedmiotu zamówienia, jego wartości przy uwzględnieniu rynku właściwego. Biorąc pod uwagę specyfikę rynku produkcji oraz dostaw pojazdów szynowych - tramwajów w Polsce oraz w większości krajów na świecie, należy zaznaczyć, iż przeznaczona jest ona w całości na rynek publiczny. W Polsce w ciągu jednego roku prowadzone są od 3 do 5 postępowań wyłącznie publicznych na dostawę tramwajów, z czego za każdym razem wymagania zamawiających są wysoce zindywidualizowane. Żądanie zatem posiadania doświadczenia w dostawach tramwajów konkretnych rodzajów ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do tych, którzy w ciągu trzech ostatnich lat dostarczali ten sam rodzaj tramwajów, zaś inni, którzy w tym okresie dostarczali tramwaje innych rodzajów nie spełniają wymogów zamawiających. Specyfika tego rynku sprawia, iż producent pojazdów szynowych, który przez trzy lata z rzędu nie sprzedaje określonego rodzaju pojazdu szynowego ma w zasadzie zamkniętą drogę do określonego rynku bowiem jego produkcja uzależniona jest tylko i wyłącznie od uzyskania zamówienia publicznego. Mając na uwadze wyżej wspomniany fakt, organizowania niewielkiej liczby przetargów na dostawę tramwajów w ciągu jednego roku, należy również zaznaczyć, iż stawiane przez Zamawiającego

wymaganie dostarczenia co najmniej 4 sztuk określonych tramwajów jest ustalone w sposób arbitralny i prowadzi do ograniczenia konkurencji. Zamawiający uznaje więc, iż dostarczenie w okresie ostatnich 3 lat już tylko 3 tramwajów, nie stanowi wystarczającego dowodu jakoby wykonawca posiadał dostateczne doświadczenie, gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest wobec powyższych uwag, dotyczących specyfiki rynku dostaw tramwajów, iż sformułowanie takiego wymagania dokonane zostało w sposób całkowicie oderwany od realiów panujących na tym rynku.

Odwołujący się podkreślił, iż specyfiką produkcji oraz dostaw pojazdów szynowych jest wykonywanie zamówień konkretnych zamawiających w oparciu o wskazane przez nich wymagania techniczne oraz ilości zamówionych pojazdów. Ze względu na wartość przedmiotu zamówienia - jednego tramwaju, w zasadzie żaden producent tramwajów nie może sobie pozwolić na prezentację wszystkich możliwych konfiguracji tramwajów, których mógłby żądać Zamawiający i ogranicza się jedynie do stworzenia prototypów, które odzwierciedlać mają faktyczne jego zdolności techniczne oraz potencjał. Świadczy to tylko o tym, iż specyfiką tego rynku oraz zdolnością do realizacji w zasadzie każdego zamówienia nie może być wykazanie produkcji oraz dostaw konkretnych typów i rodzajów pojazdów szynowych, ale produkcja jako taka i jej wielkość oraz możliwość wykorzystywania żądanych przez zamawiającego technologii.

Odwołujący się wywodzi, iż posiada odpowiednie doświadczenie gwarantujące wykonanie przedmiotu zamówienia, jest on bowiem od ponad 87 lat uznanym producentem pojazdów szynowych przeznaczonych zarówno na polski rynek jak i rynki zagraniczne. Wielokrotnie w tym czasie był pionierem w stosowaniu rozwiązań innowacyjnych wykorzystywanych później w pojazdach szynowych przez innych producentów producentem prototypów pojazdów szynowych, w tym tramwajów zawierających rozwiązania techniczne np. tzw. niską podłogę, na znacznej (spełniającej wymagania Zamawiającego) długości wagonów. Protestujący oprócz swojej działalności związanej z produkcją taboru szynowego, dokonuje również napraw głównych wagonów oraz modernizacji z zastosowaniem najnowocześniejszych, obecnie używanych technologii. Nie stanowi problemu dla producenta pojazdów szynowych (zwłaszcza posiadającego tak duże doświadczenie jak Odwołujący się) wyprodukowanie 12 szt. pojazdów szynowych (8 sztuk tramwajów trójczłonowych niskopodłogowych oraz 4 sztuk tramwajów wysokopodłogowych), jednakże ze względu na specyfikę rynku w tym segmencie niezmiernie trudne jest wykazanie się doświadczeniem w produkcji oraz dostarczaniu konkretnego typu wagonu zawierającego rozwiązania techniczne, które są obecnie nadal innowacyjne i wysokozydwydualizowane. Dlatego też, pomimo posiadania ogromnego, niekwestionowanego doświadczenia w produkcji tramwajów, Odwołujący się z uwagi na arbitralne i nieobiektywne określenie jednego z warunków udziału w postępowaniu, nie zostanie prawdopodobnie dopuszczony do

udziału w nim, podobnie jak kilku innych producentów, co niewątpliwie stanowić będzie znaczne ograniczenie konkurencji, a tym samym może negatywnie wpłynąć na interes Zamawiającego. W postępowaniu złożonych zostanie mniej ofert, a więc i spektrum wyboru dokonywanego przez Zamawiającego będzie stosownie ograniczone, co może w rezultacie wpłynąć na nabycie przedmiotu zamówienia po cenach wyższych niż te, jakie możliwe byłyby do uzyskania w przypadku braku warunku, o którym mowa w pkt. III.2.3) ogłoszenia. Odwołujący się tylko w roku 2007 wyprodukował i dostarczył 30 szt. jednoczłonowych, jednokierunkowych wagonów tramwajowych z napędem energoelektronicznym prądu stałego dla Tramwajów Warszawskich Sp. z o.o.. Realizacja wyżej wskazanego zamówienia, nie spełnia jednak warunków udziału w niniejszym postępowaniu ze względu na fakt, iż tym razem Zamawiający żąda wykazania się dostawą innego typu tramwaju - tzw. trzyczłonowego oraz niskopodłogowego. W ostatnich 10 latach Odwołujący się wyprodukował i dostarczył łącznie ponad 100 szt. pojazdów szynowych - tramwajów, z czego ponad 70 szt. to tramwaje niskopodłogowe spełniające wymagania Zamawiającego. Nie można mieć więc żadnych wątpliwości, iż Odwołujący się daje gwarancję prawidłowego zrealizowania zamówienia.

Odwołujący się wskazał na orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, uzasadniającej jego stanowisko, w tym wyrok z dnia 13 lipca 2007 roku w sprawie UZP/ZO/0-827/07 oraz z dnia 4 sierpnia 2008 roku KIO/UZP 749/08.

Ponadto Odwołujący się podkreślił, iż Zamawiający sformułował wymaganie z pkt. III.2.3) ogłoszenia, w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Wymaga on bowiem, aby wykonawcy legitymowali się należyтым wykonaniem w przeciągu ostatnich 3 lat, 4 sztuk trzyczłonowych tramwajów, z przynajmniej 20% udziałem niskiej podłogi, pomijając całkowicie doświadczenie w produkcji tramwajów wysokopodłogowych, których dostawa jest również objęta przedmiotem zamówienia. Prawidłowo sformułowane warunki udziału w postępowaniu, winny się odnosić do przedmiotu zamówienia (tramwaje nisko- i wysokopodłogowe), a nie jedynie do jego części (trójczłonowe tramwaje z określonym udziałem niskiej podłogi). W przypadku dokonania podziału zamówienia na części Zamawiający powinien również odpowiednio określić warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do każdej z części np. poprzez konieczność wykazania się określoną liczbą zrealizowanych dostaw tramwajów niskopodłogowych dla części zamówienia, której byłyby one przedmiotem oraz określoną liczbą zrealizowanych dostaw tramwajów wysokopodłogowych, dla drugiej części zamówienia, której ten typ tramwaju byłyby przedmiotem.

Odnosząc się do kwestii konieczności dokonania podziału zamówienia na części Odwołujący się podkreślił, iż aczkolwiek z treści ust. 2 art. 83 ustawy Pzp wynika, iż dokonanie podziału zamówienia na części, jest uprawnieniem a nie obowiązkiem

Zamawiającego, to jednak nie jest to uprawnienie o charakterze bezwzględnym tj. niczym nie ograniczone. Ograniczenie swobody Zamawiającego w tym zakresie wynika przede wszystkim ze względu na konieczność zapewnienia ochrony konkurencji postępowania. Brak wyodrębnienia w ramach zamówienia osobnych części, z których jedna dotyczyłaby tramwajów wieloczlónowych niskopodłogowych, a druga tramwajów wysokopodłogowych, prowadzi w ocenie Odwołującego się do rażącego ograniczenia konkurencji, zwłaszcza w zakresie wykonawców zdolnych do wykonania tramwajów wysokopodłogowych, których liczba jest niewątpliwie wyższa od producentów tramwajów niskopodłogowych. Oczywistym jest również, iż podział przedmiotu zamówienia w przedstawiony powyżej sposób, wpłynie pozytywnie na interes samego Zamawiającego. Większa konkurencja w zakresie tramwajów wysokopodłogowych, przy odpowiednim, wyżej wskazanym, preredagowaniu warunku udziału w postępowaniu "Zdolność techniczna", pozwoli z pewnością na osiągnięcie o wiele korzystniejszych dla Zamawiającego, a więc niższych, cen za wykonanie tej części przedmiotu zamówienia. Przy znacznej wartości przedmiotu zamówienia, dążenie do osiągnięcia oszczędności poprzez zwiększenie konkurencji w ramach postępowania jest absolutnie wymagane od Zamawiającego, również w kontekście wydatkowania środków z Unii Europejskiej. Dodatkowo należy wyraźnie wskazać, iż Zamawiający obowiązany jest do wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, a więc zgodnie z wymogami określonymi w przepisie art. 35 ust. 3 pkt I ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104, ze zm.). Brak podziału przedmiotu zamówienia na części, wykluczające niewątpliwie możliwość zgłoszenia się do postępowania większej liczby wykonawców, a tym samym dopuszczenie do niego wąskiego grona wykonawców, proponujących znacznie wyższe ceny, z uwagi na brak konkurencji, z całą pewnością nie zapewni osiągnięcia najlepszych efektów, jak tego wymaga wyżej przytoczony przepis. Odwołujący wskazał tu na wyroki Zespołów Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 roku sygn. akt UZP/ZO/0-648/05) oraz z dnia 2 sierpnia 2004 roku sygn. akt UZP/ZO0-1120/04/

W przepisany terminie Zamawiający nie rozstrzygnął protestu Odwołującego się. Odwołujący w dniu 6 marca 2009 roku pismem złożonym w placówce urzędu pocztowego, złożył odwołanie od oddalenia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu Odwołujący się podtrzymał zarzuty wyrażone w odwołaniu i wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Ogłoszenia w zakresie pkt. 111.2.3), na co zezwala mu norma wyrażona w art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, w sposób nie naruszający uczciwej konkurencji;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Ogłoszenia w zakresie pkt. 11.1.8., na co zezwala mu norma wyrażona w art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, w sposób nie naruszający zasady równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie podziału zamówienia na dwie części,

z których jedna powinna dotyczyć dostawy tramwajów niskopodłogowych a druga tramwajów wysokopodłogowych;

3) nakazanie Zamawiającemu, w przypadku dokonania zmiany treści Ogłoszenia zgodnie z żądaniem Odwołującego, przedłużenia termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach;

4) w przypadku, gdy etap na jakim będzie znajdowało się postępowanie w momencie wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą nie pozwoli już na dokonanie czynności, o które wnioś Odwołujący w pkt. 1-3 powyżej (zmiana treści Ogłoszenia stanie się niemożliwa do dokonania), Odwołujący wnioś o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia całego postępowania.

W dniu 18 marca 2009 roku Zamawiający wnioś odpowiedź na odwołanie, w którym wnioś o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego się kosztami postępowania wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał, iż ma nie tylko prawo, ale i obowiązek wymagać od Wykonawców potwierdzenia posiadania przez nich niezbędnej wiedzy i doświadczenia (art. 26 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp). Działając w oparciu o wskazane przepisy Zamawiający sformułował zakwestionowany przez Odwołującego warunek. Zamawiający jest zainteresowany, aby potencjalny wykonawca legitymował się stosownym doświadczeniem w szczególności dlatego, że tramwaje to pojazdy przeznaczone do kilkudziesięcioletniej eksploatacji. Z doświadczeń Zamawiającego wynika, że wiele wad tramwajów ujawnia się dopiero po kilku latach eksploatacji. Z tych względów istotne jest, aby oferowany produkt był sprawdzony, nie był prototypem i aby Wykonawca mógł wykazać się dostawami odpowiadającymi swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, co pozostaje w zgodzie z rozporządzeniem 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. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający mimo uprawnienia do żądania wykazu dostaw o wartości zamówienia, tj. 12 sztuk tramwajów, obniżył wymagania w tym zakresie do żądania wykazu zrealizowanych dostaw 4 sztuk tramwajów. Zatem zarzut Odwołującego się o naruszeniu art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy – Pzp poprzez ustalenie w sposób arbitralny, a zatem nieobiektywny wymagania postawionego wykonawcom w punkcie III z. 3 „zdolność techniczna” ogłoszenia, jest całkowicie chybiony i bezpodstawny. Obowiązek opisanie warunku udziału w postępowaniu potwierdzającego, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie wynika z konieczności dbania o własne interesy. W interesie zamawiającego jest, by kupić towar sprawdzony i niezawodny. Zamawiający wskazał na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 marca 2007 roku sygn. akt UZP/ZO/0-207/07, z którego wynika, iż „nie można mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy zdolnych do realizacji zamówienia jest większa,

choć wąska grupa podmiotów”. Tak jest również w tym przypadku, gdzie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 3 wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp, w związku z faktem nie skorzystania z uprawnienia zawartego w art. 83 ust. 2 ustawy, Zamawiający oświadczył, że zarzut ten jest bezzasadny, w szczególności dlatego, że przepis artykułu 83 ust. 2 przywołanej ustawy daje zamawiającemu uprawnienia i nie nakłada na zamawiającego obowiązku, szczególnie w sytuacji, gdy brak podziału zamówienia leży w interesie Zamawiającego. Istotą uprawnienia jest fakultatywność korzystania z niego, a nie obligatoryjność.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia mając na uwadze potrzeby Zamawiającego, kierując się oszczędnym wydatkowaniem środków finansowych, w tym zasadą uzyskania optymalnie najlepszych efektów z poniesionych nakładów. Dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia generuje następujące korzyści dla Zamawiającego:

- 1) jednolitość rozwiązań technicznych, obsługi serwisu, a co za tym idzie znaczne zmniejszenie asortymentu części zamiennych między wagonami różnych typów, co skutkuje mniejszymi kosztami eksploatacyjnymi i tak:
 - a) zmniejszenie kosztów niezbędnych rezerw eksploatacyjnych podstawowych części eksploatowanych (kompatybilnych) w obu typach tramwajów,
 - b) ograniczenie kosztów dodatkowych szkoleń osób prowadzących pojazdy (w obu typach tramwajów występuje kompatybilny system sterowania i napędu)
 - c) ograniczenie dodatkowych kosztów obsługi serwisowej i naprawczej w zapleczu technicznym (ze względu na ujednoczenie zespołów jezdnych, napędowych, sterujących, elementów nadwozi i wyposażenia wnętrza). Dostawa tramwajów produkowanych przez jednego producenta umożliwi pełne wykorzystanie dla obu typów zamawianych wagonów tego samego oprzyrządowania, pomostów, podnośników, specjalistycznych ściązaczy i sprawdzianów, sprzętu do wkolejania awaryjnego podnoszenia obu typów tramwajów, także do oprzyrządowania kontrolno – pomiarowego i zestawów narzędzi, materiałów smarnych oraz dokumentacji, która w znacznym stopniu będzie zunifikowana dla obu typów tramwajów.

Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający brał pod uwagę dane liczbowe z gospodarki magazynowej Zamawiającego wskazujące, że koszty utrzymania niezbędnych rezerw dla tramwajów różnych producentów (niekompatybilnych z pozostałymi) są kilkakrotnie wyższe niż w przypadku tramwajów jednego producenta, np. koszt rezerw w przypadku przekładni napędowych wynosi około 15.000 zł na 10

sztuk (1500 zł na tramwaj) dla różnych producentów (niekompatybilnych) i 195 000 zł dla 372 tramwajów (520 zł/tramwaj) o pełnej zamienności części i podzespołów. W przypadku ścian przednich i tylnych (kompozytowych) koszt rezerwy wynosi 1700 zł w przeliczeniu na 1 tramwaj niekompatybilny, a 773 zł w przeliczeniu na 1 tramwaj o pełnej kompatybilności. W przypadku przetwornic statystycznych 3000 zł rezerwy na 1 sztukę tramwaju niekompatybilnego, a 162 zł w przeliczeniu na 1 szt. Tramwaju o pełnej kompatybilności;

Ponadto Zamawiający podniósł, że zamówienie większej ilości tramwajów powoduje obniżenie ceny jednostkowej produkowanego tramwaju. Kierując się wskazaną korzyścią Zamawiający już w 2000 roku zawarł porozumienie z Zakładami Komunikacyjnymi w Szczecinie i Poznaniu w sprawie dokonania wspólnego taboru tramwajowego w latach 2002 – 2004. Ponadto nałożenie na wykonawców obowiązku wyprodukowania tramwaju o podobnej stylistyce wagonów różnych typów wiąże się z ryzykiem naruszenia prawa własności przemysłowej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego 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 pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do składania środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Określenie przez Zamawiającego takich, a nie innych warunków udziału w postępowaniu eliminuje bowiem Odwołującego się z niniejszego postępowania o udzielenie 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.

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 uprawnienia 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 zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji

Przedmiotem niniejszego postępowania jest dostawa 8 sztuk tramwajów trzyczłonowych z częścią niskopodłogową oraz 4 składów tramwajów dwuwagonowych. O zamówienia, stosownie do treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia tej działalności jest krótszy – w tym okresie, dostarczyli co najmniej 4 sztuki trójczłonowych tramwajów, z co najmniej 20% udziałem niskiej podłogi, z załączeniem dokumentów, że dostawy te zostały zrealizowane należycie.

W ocenie Izby takie określenie warunków spowodowało wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają co prawda takiego doświadczenia, jakiego wymagał Zamawiający, niemniej jednak legitymują się doświadczeniem gwarantującym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowoczesnych pojazdów szynowych, nie mają kompetencji do produkcji nowoczesnych tramwajów, z udziałem niskiej podłogi w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Izba w pełni podziela stanowisko Politechniki Poznańskiej Instytutu Silników Spalinowych i Transportu wyrażone w opinii technicznej z dnia 19 lutego 2002 roku złożonej do akt sprawy. Wynika z niej jednoznacznie, że producent, który zbudował różne typy pojazdów szynowych, zarówno trakcyjne, jak i pasażerskie, jest zdolny do przestawienia i uruchomienia produkcji na pudła 100% niskopodłogowych tramwajów. Analogiczna sytuacja występuje w przypadku wózków napędnych i tocznych. Przystosowanie istniejącego i sprawdzonego wózka tramwaju z częściowo niską podłogą do tramwaju ze 100% niskiej podłogi nie stanowi istotnego problemu konstrukcyjnego i technologicznego.

Izba nie uznała natomiast za zasadny zarzut naruszenia w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zasady równego traktowania wykonawców zapewniającą zachowanie uczciwej konkurencji, poprzez nie skorzystanie z przysługującego mu na podstawie art. 83 ust. 2 ustawy Pzp uprawnienia, polegającego na możliwości podziału przedmiotu zamówienia na części. Zamawiający może (a więc stanowi to jego prawo, nie obowiązek) dopuścić możliwość

złożenia oferty częściowej. W związku z tak ukształtowanym przepisem należy przyjąć, iż wykonawca w żadnej sytuacji nie może domagać się uznania przez zamawiającego za dopuszczalne składania ofert częściowych. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 16 czerwca 2003 r. (V CA 1213/02) odrzucił pogląd, że brak zgody zamawiającego na składanie ofert częściowych godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż ogranicza udział niektórych wykonawców w postępowaniu.

Izba podziela tutaj pogląd wyrażony w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 8 lutego 2006 roku UZP/ZO/0-303/06, zgodnie z którym Zamawiający może dopuścić możliwość składania oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Oznacza to, że celowość podziału zamówienia na części ustawodawca pozostawił ocenie zamawiającego, zatem zamawiający nie ma obowiązku dzielenia zamówienia na części, a wykonawcom nie przysługuje roszczenie o podział zamówienia na części. Skoro wykonawcom nie przysługuje roszczenie o podział zamówienia na części, to również brak jest podstaw do uznania, że mogą skutecznie podważać dokonany przez zamawiającego podział zamówienia, bądź też określenie części zamówienia.

Ze względu na fakt, iż w niniejszym postępowaniu upłynął już termin składania ofert i nie ma możliwości sanowania zaistniałych nieprawidłowości, zaś w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miały wpływ na wynik postępowania, należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*