

Sygn. akt KIO/UZP 442/09

Sygn. akt KIO/UZP 452/09

WYROK
z dnia 21 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20.04.2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **14 kwietnia 2009 roku** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 (sygnatura akt KIO/UZP 442/09);

B. konsorcjum firm: Alstom Konstal S.A. (lider), 41-500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A., 92300 Levallois Perrot, 3 Avenue Andre Malraux (sygnatura akt KIO/UZP 452/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., 60-244 Poznań, ul. Głogowska 131/133** protestów:

A. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 z dnia **20 marca 2009 r**;

B. konsorcjum firm: Alstom Konstal S.A. (lider), 41-500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A., 92300 Levallois Perrot, 3 Avenue Andre Malraux z dnia **20 marca 2009 roku**.

przy udziale xxx zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie xxx

orzeka:

1 Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** oraz konsorcjum firm: **Alstom Konstal S.A. (lider), 41-500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A., 92300 Levallois Perrot, 3 Avenue Andre Malraux** 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** oraz,
 - B. koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez konsorcjum firm: **Alstom Konstal S.A. (lider), 41-500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A., 92300 Levallois Perrot, 3 Avenue Andre Malraux,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołujących się na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o., 60-244 Poznań, ul. Głogowska 131/133**, w tym:
 - A. **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
 - B. **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez konsorcjum firm: **Alstom Konstal S.A. (lider), 41-500 Chorzów, ul.**

Metalowców 9, Alstom Transport S.A., 92300 Levallois Perrot, 3 Avenue Andre Malraux, stanowiącej uzasadnione koszty stron poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

- 3) dokonać zwrotu kwoty **30 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A.** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11,**
- B.** kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz konsorcjum firm: **Alstom Konstal S.A. (lider), 41-500 Chorzów, ul. Metalowców 9, Alstom Transport S.A., 92300 Levallois Perrot, 3 Avenue Andre Malraux**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na *dostawę 40 sztuk fabrycznie nowych tramwajów całkowicie niskopodłogowych, wieloczołnowych z napędem silnikami prądu zmiennego*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 stycznia 2009 r. r. 2009/S 12-016898.

Zamawiający w dniu 11 marca 2009 r. przekazał wykonawcom informacje o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec czynności pozytywnej oceny i zaproszenia do złożenia oferty przez Solaris Bus & Coach S.A., w dniu 20 marca 2009 roku protesty do zamawiającego wnieśli wykonawcy: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding oraz konsorcjum: Alstom Konstal SA, Alstom Transport S.A. Zamawiający oddalił protesty w dniu 27 marca 2009 roku. W dniu 6 kwietnia 2009 r. obaj wykonawcy wnieśli odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data nadania przesyłek u operatora publicznego), przekazując jednocześnie ich treść zamawiającemu.

I. Stanowiska stron.

1. W proteście i dowołaniu wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 57 ust. 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych, poprzez uznanie, że Solaris Bus & Coach S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w części III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu i wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny spełniania przez Solaris Bus & Coach S.A. warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu wykonawca wskazał, iż Solaris Bus & Coach S.A. nie posiada żadnego doświadczenia w produkcji tramwajów, gdyż z załączonych referencji Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. w Krakowie wynika jedynie potwierdzenie udziału Solaris Bus & Coach w realizacji zamówienia na dostawę 24 sztuk tramwajów w charakterze logisty. Przedmiot dostawy nie był produkcji Solaris Bus & Coach, a jedynie dwóch pozostałych konsorcjantów, tj. Bombardier i Vossloh Kiep. Okoliczność ta potwierdza, że Solaris Bus & Coach S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i nie mógł być zaproszony do złożenia oferty wstępnej.

2. w proteście oraz odwołaniu konsorcjum Alstom zarzuciło zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp, przez dopuszczenie do ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcy, który podlega wykluczeniu. Wniósł o wykluczenie Solaris Bus & Coach S.A. i odrzucenie jego oferty.

W uzasadnieniu podkreślono, że fakt posiadania przez wykonawcę Solaris określonych dokumentów nie zwalniał zamawiającego z obowiązku badania, czy zostały rzeczywiście spełnione wymagania ustawowe. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów pozostaje zakres referencji, załączonych do wniosku, których odwołujący nie kwestionuje, gdyż Solaris Bus & Coach S.A. nie spełnia wymogu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w praktyce. Solaris Bus & Coach S.A. nie posiada wiedzy i doświadczenia w zakresie produkcji tramwajów, który to wymóg wynika wprost z ustawy i nie może być zastępowany przez zamawiającego określeniem wymogów dotyczących referencji. Niezależnie od sformułowania wymogów przez zamawiającego, przepisy rangi ustawowej są w dalszym ciągu obowiązujące dla wszystkich uczestników postępowania. Z pisma MPK SA z/s Krakowie wynika, iż przedmiotem przetargu nie była dostawa tramwaju lecz jedynie jego komponentów oraz nadzór nad montażem. Sam montaż natomiast został dokonany przez zamawiającego, zatem referencje dotyczą innego przedmiotu przetargu.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestów wskazał na opis warunku wymaganego doświadczenia, zamieszczony w pkt III 2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz treść odpowiedzi na pytanie dotyczące opisu tego warunku. Zamawiający podkreślał, iż nie dokonał rozróżnienia udziału i wartości poszczególnych rodzajów prac w ramach dokonanych (lub dokonywanych) dostaw tramwajów oraz, że nie wymagał, aby wykonawca legitymujący się doświadczeniem w dostawie/dostawach tramwajów zdobytym w ramach konsorcjum, miał

ściśle określony i zdefiniowany udział w tych dostawach. W przypadku dostaw tramwajów realizowanych w ramach konsorcjum informacje, jakie należało zamieścić w wykazie dostaw powinny dotyczyć dostaw wykonanych (lub wykonywanych) przez to konsorcjum, a nie czynności poszczególnych jego członków. Solaris Bus & Coach S.A. był uprawniony do powoływania się na dostawy wykonane wspólnie z innymi podmiotami, bez względu na to, jaki był podział zadań wewnątrz tworzonego wspólnie konsorcjum.

Niezależnie od powyższego, zamawiający uznał, iż protest podlegał oddaleniu z uwagi na brak interesu prawnego we wnoszeniu środka ochrony prawnej po stronie odwołujących, którzy zostali zaproszeni przez zamawiającego do składania ofert wstępnych i mogą uczestniczyć w dalszych negocjacjach i ubiegać się o udzielenie zamówienia.

II Ustalenia Izby.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym określił w sekcji III.2.3 warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej, wymagając wykonania przez wykonawców dostawy, co najmniej 10 fabrycznie nowych tramwajów niskopodłogowych, wielocłonowych, z napędem silnikami prądu przemiennego, w tym minimum 5 tramwajów w jednym zamówieniu do jednego odbiorcy. W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku, wykonawcy mieli przedłożyć wykaz wykonanych dostaw odpowiadających wymogom postawionym przez zamawiającego wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokumenty potwierdzające spełnienie warunku wymagane były od co najmniej jednego z podmiotów działających wspólnie. Zamawiający wskazał w ogłoszeniu, że uzna za spełniony warunek, jeżeli wykonawcy składający ofertę wspólnie będą go spełniali łącznie.

Następnie, w wyniku zapytania do treści ogłoszenia, zamawiający w dniu 3 lutego 2009 roku zamieścił na stronie internetowej wyjaśnienie dotyczące treści warunku określonego w punkcie III.2.3 ogłoszenia, iż „(...) *nie wymaga, aby wykonawca legitymujący się doświadczeniem w dostawie/dostawach tramwajów w ramach konsorcjum w rozumieniu art. 23 PZP miał ściśle określony i zdefiniowany udział w tych dostawach. Zgodnie z przywołanym (wyżej) warunkiem, znaczenie ma liczba i rodzaj tramwajów dostarczonych w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania. (...) Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawca powinien przedłożyć wykaz dostaw (...) z podaniem ich całkowitej wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należyście. (...) W przypadku dostaw zrealizowanych w ramach konsorcjum, powyższe informacje powinny dotyczyć dostaw wykonanych (lub wykonywanych) przez to konsorcjum, a nie czynności poszczególnych jego członków (...)* Referencje wystawione przez odbiorcę dostaw powinny potwierdzać należyte wykonanie

dostawy przez tego wykonawcę indywidualnie lub w ramach konsorcjum. Zamawiający nie wymaga wskazania w referencjach żadnych innych dodatkowych informacji, a w szczególności określenia zakresu prac wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów, czy też poddostawców."

Na tak ustalony warunek udziału w postępowaniu, jak i jego wyjaśnienie żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia sektorowego nie wniósł protestu, a tym samym stał się on wiążący w postępowaniu zarówno dla wykonawców, jak i zamawiającego. Również skład orzekający wyznaczony do rozpoznania odwołań, dokonując oceny prawidłowości decyzji zamawiającego, związany był treścią warunku zamieszczonego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz wyjaśnieniami zamawiającego.

Z wniosku wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. wynika, iż u biega się on o udzielenie zamówienia samodzielnie, składając ofertę we własnym imieniu. W wykazie załączonym do wniosku, sporządzonym według formularza nr 2, wykonawca wskazał dostawę realizowaną w okresie od października 2007r. do kwietnia 2008 r. na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A w Krakowie, obejmującą 24 tramwaje niskopodłogowe, trójczłonowe. Ich należyta dostawę potwierdzały referencje załączone na stronie 107 wniosku. Z treści referencji wynika, że Solaris Bus & Coach S.A. wykonywała umowę w konsorcjum z Bombardier Transportation, Vossloh Kiepe.

Zamawiający dokonując oceny załączonych dokumentów wystąpił w dniu 3 marca 2009 roku do wykonawcy o wyjaśnienie, w jaki typ napędu, lub w jakie silniki napędowe były wyposażone tramwaje, których dotyczyły złożone dokumenty. W dniu 4 marca 2009 r. zamawiający otrzymał odpowiedź wykonawcy, w której oświadczył on, że tramwaje były wyposażone w układ napędowy prądu przemiennego, w którego skład wchodzi falowniki w układzie 6T oraz silniki asynchroniczne klatkowe.

Na podstawie tych dokumentów, zamawiający uznał, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i skierował do niego zaproszenie do złożenia oferty wstępnej.

Do protestu wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding załączyła pismo odbiorcy tramwajów MPK S.A. w Krakowie z dnia 12 marca 2009 r., w którym wskazano, iż Solaris Bus & Coach wykonywał dostawy komponentów mechanicznych, sprawował bezpośredni nadzór nad dostawami komponentów i odpowiadał za logistykę.

III. Stanowisko Izby.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, iż obaj odwołujący posiadają interes prawny do wniesienia środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego polegającej na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w jej konsekwencji zaproszenia

jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, do złożenia oferty wstępnej. Jak słusznie zostało podniesiono na rozprawie, w przypadku postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału i załączonych do niego oświadczeń i dokumentów. Skuteczne kwestionowanie oceny dokonanej przez zamawiającego jest możliwe wyłącznie z zachowaniem terminu do wniesienia protestu liczonego od momentu przekazania przez zamawiającego informacji o wynikach dokonanej oceny. Nie można pozbawiać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej na tej podstawie, iż nie dochodzi do naruszenia interesu prawnego wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert wstępnych. Wykonawcy ci posiadają interes prawny w kwestionowaniu wyników oceny dokonanej przez zamawiającego, gdyż dalszy udział wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, prowadziłby do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 57 ust. 2 ustawy pzp, skład orzekający uznał, iż Solaris Bus & Coach S.A. spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w ogłoszeniu o zamówieniu. Skład orzekający nie uznał za zasadną argumentację odwołujących sprowadzającą się do tezy, iż jedynie wykonawca będący producentem tramwajów spełniał warunek określony w ogłoszeniu. Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w dostawie tramwajów, niezależnie od zakresu prac wykonanych w przypadku umów realizowanych z udziałem innych wykonawców. Bezspornym pomiędzy stronami było, iż Solaris Bus & Coach S.A. współrealizowało umowę dostawy tramwajów w ilości wymaganej w ogłoszeniu pomimo, iż nie był ich producentem. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający takiego ograniczenia nie wprowadził umożliwiając większą konkurencję. Ograniczanie kręgu wykonawców zamówienia publicznego wyłącznie do producentów, uznawane jest za praktykę ograniczającą uczciwą konkurencję. Wskazuje na to nie tylko doktryna, jak i orzecznictwo, ale już z samej definicji dostaw, wprowadzonej ustawą Prawo zamówień publicznych w art. 2 pkt 2 wynika, iż nie tylko producent może być wykonawcą dostaw w reżimie zamówień publicznych. Definicja ustawowa, odmiennie niż ma to miejsce w art. 605 k.c., eliminuje obowiązek wytworzenia rzeczy przez wykonawcę zamówienia publicznego.

Skład orzekający dokonując rozstrzygnięcia ocenił oświadczenia i dokumenty załączone do wniosku, na podstawie których zamawiający dokonał pozytywnej weryfikacji doświadczenia Solaris Bus & Coach S.A. Izba stwierdziła, iż w wykazie uzupełnionym o wyjaśnienia wykonawcy z dnia 4 marca 2009 r. przedstawiono dostawę potwierdzającą warunek udziału w postępowaniu, której należyte wykonanie potwierdzają załączone referencje. Skład orzekający nie uwzględnił również stanowiska konsorcjum Alstom, iż

niezależnie od załączonych referencji, wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. nie spełnia warunku określonego w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, gdyż nie posiada doświadczenia i wiedzy niezbędnej do wykonania przedmiotowego zamówienia. Jakkolwiek, w każdym postępowaniu wykonawcy mają potwierdzić niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, to właśnie zamawiający doprecyzowując te warunki w ogłoszeniu o zamówieniu ustala zasady według których dokona weryfikacji wykonawców. Odwołujący powoływał się na własne rozumienie warunku, nie wynikające ani z przepisu ustawy ani z treści ogłoszenia. To opis warunku udziału w postępowaniu, a nie opis przedmiotu zamówienia określa w jaki sposób zamawiający zamierza dokonać oceny doświadczenia, czy też wiedzy i potencjału wykonawców. Również podnoszony argument braku wskazania we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamiaru wykonania zamówienia z udziałem podwykonawców (w dorozumieniu producentów tramwajów), nie może mieć znaczenia dla potwierdzenia doświadczenia Solaris Bus & Coach S.A. niezbędnego do wykonania zamówienia. Doświadczenie wykonawcy nie jest oceniane przez pryzmat ewentualnych podwykonawców, którzy nie występują w postępowaniu w charakterze wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, zarzut braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Solaris Bus & Coach S.A., należało oddalić. Tym samym nie znalazł potwierdzenia zarzut dopuszczenia do dalszego udziału w postępowaniu wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1155, z późn. zm.). Na podstawie § 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty wynikającej z rozporządzenia), Izba obciążyła odwołujących się. Orzekając o wysokości kwoty podlegającej zwrotowi na rzecz konsorcjum Alstom, Izba uwzględniła nadpłaconą wysokość uiszczzonego wpisu w kwocie 20.000 zł. brutto.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*