

WYROK

z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania z dnia 19 lutego 2010 r., wniesionego przez **EvoBus Polska Sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o. w Gliwicach, ul. Chorzowska 150, 44-100 Gliwice.**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.
2. Nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.3 pkt 1 lit. b ogłoszenia, w sekcji III.2.3 pkt 3 lit b oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 5.1.2.2, w punkcie 5.2.3, w punkcie 6.1.3 oraz w punkcie B załącznika G do SIWZ.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o. w Gliwicach, ul. Chorzowska 150, 44-100 Gliwice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: **cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy**) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **EvoBus Polska Sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044,00 gr** (słownie: **osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy**) przez **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o.**

w Gliwicach, ul. Chorzowska 150, 44-100 Gliwice na rzecz **EvoBus Polska Sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania.

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EvoBus Polska Sp. z o.o. Al. Katowicka 46, 05-830 Wolica**.

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę dwudziestu fabrycznie nowych niskopodłogowych przegubowych autobusów komunikacji miejskiej w 2010 r. (Dz. Urz. UE 2010 S 28 – 039875 z 10.02.2010 r.), w dniu 19 lutego 2010 r. zostało wniesione odwołanie przez EvoBus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Wolicy, którego kopia została przekazana zamawiającemu w tej samej dacie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE 2010 S 28 – 039875 w dniu 10 lutego 2010 r. oraz zamieszczenia na stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Przedsiębiorstwu Komunikacji Miejskiej Spółce z o. o. w Gliwicach, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), dalej ustawy Pzp, tj.: art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, przez opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu, nakazanie zmodyfikowania specyfikacji istotnych warunków w odniesieniu do postanowień zawartych w sekcji III.2.3 pkt 1 lit. b ogłoszenia oraz w punkcie 3.1 i punkcie 5.1.2.2 zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów, odwołujący podnosił, iż jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, bowiem dokonany opis warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia złożenie oferty, gdyż w sekcji III.2.3 ogłoszenia, zamawiający

postawił warunek zdolności technicznej wykonawcy do wykonania zamówienia w postaci „wyprodukowania i wprowadzenia do obrotu na rynku państw członkowskich Unii Europejskiej, Królestwa Norwegii lub Konfederacji Szwajcarskiej, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 5 sztuk autobusów przegubowych niskopodłogowych (pkt 3.8 SIWZ) typu oferowanego w niniejszym postępowaniu.” Celem potwierdzenia spełnienia opisanego wyżej warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostaw polegających na wyprodukowaniu co najmniej 5 sztuk autobusów przegubowych niskopodłogowych i wprowadzeniu do obrotu na rynku państw członkowskich Unii Europejskiej, Królestwa Norwegii lub Konfederacji Szwajcarskiej (pkt 3.8 SIWZ), typu oferowanego w niniejszym postępowaniu.”

Odwołujący wskazywał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa 20 autobusów dla komunikacji miejskiej. Definicja dostawy została zawarta w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp i obejmuje ona nabywanie rzeczy praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Odwołujący argumentował, iż z cytowanego przepisu wynika, że dostawca rzeczy nie musi być jej producentem. Z przedstawionych względów, odwołujący uznał kwestionowane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiadające im - postanowienia SIWZ za rażąco niezgodne z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a także naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podnosił, iż uzasadnieniem dla stawianych wymagań nie jest art. 138c ustawy Pzp, gdyż daje on zamawiającemu jedynie możliwość żądania przedstawienia innych dokumentów, niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie zwalnia go natomiast z obowiązku przestrzegania przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i opisywania warunków udziału proporcjonalnie (adekwatnie) do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, wskazane przepisy ustawy Pzp narusza także ograniczenie dokonane przez zamawiającego wprowadzenia autobusów w określonej ilości na rynek jedynie państw członkowskich Unii Europejskiej, Królestwa Norwegii lub Konfederacji Szwajcarskiej, podczas gdy Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Ograniczenie zatem kręgu odbiorców, w opinii odwołującego, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie pismem z dnia 29 marca 2010 r. złożonym na posiedzeniu Izby w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec nieuwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który byłby uprawniony do wniesienia sprzeciwu w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, w trybie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż nie zachodzą przesłanki formalne określone art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania na posiedzeniu. W szczególności Izba nie uwzględniła zarzutu, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z mocy wyłączenia zawartego w art. 138a ust. 3 Pzp. Przewozy w zakresie komunikacji autobusowej transportu osobowego są wykonywane na podstawie licencji udzielonej przez uprawnione organy zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 125, poz. 874 ze zm.) przedsiębiorcy, który spełnia ustalone w tej ustawie warunki, nie zaś przyznawanych indywidualnie na podstawie praw szczególnych. Wyłączenia uregulowane w art. 138a ust. 3 ustawy Pzp związane są z występowaniem rzeczywistej konkurencji na rynku obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego. Zamawiający, którzy świadczą takie usługi, jedynie wtedy nie stosują przepisów ustawy, jeżeli są:

- zamawiającymi sektorowymi, i nie podlegają przepisom ustawy na innej podstawie prawnej, a ponadto:

- jeżeli przewozy regularne są świadczone na tym samym obszarze także przez co najmniej jeszcze jednego przewoźnika, aby istniała realna między nimi konkurencja, a konsument miał prawo wyboru z usług którego przewoźnika skorzysta przy przewozie na danej linii w obszarze obejmującym określoną sieć połączeń i tras, gdzie świadczone są usługi powszechne transportu miejskiego.

Odwołujący przedstawił jedynie dowody, iż na rzecz 48 podmiotów prowadzących działalność w zakresie transportu drogowego - osobowego, zostały udzielone licencje w rozumieniu przepisów ustawy z 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2007r. nr 125, poz. 874 ze zm.). Przedstawił także dowody, iż Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego powierzył obsługiwaniu oznaczonych linii autobusowych wskazanym przewoźnikom. Z reguły zamówienia na świadczenie usług transportu autobusowego miejskiego, czy w zakresie aglomeracji miejskiej podzielone są na części, zatem umowy są zawierane z poszczególnymi wykonawcami, którzy złożą najkorzystniejsze oferty, na dane części zamówienia. Wielość przewoźników nie stanowi dowodu, iż na tych samych liniach odbywają się co najmniej podwójne ogólnodostępne regularne przewozy osób, świadczone przez różnych przewoźników, co mogłoby być uznane za istnienie realnej konkurencji. W ramach badania przesłanki „tych samych warunków” należy porównywać nie tylko takie elementy jak ceny, częstotliwość przewozów, przystanki, ale również wziąć pod uwagę, czy linie komunikacyjne innych przewoźników

stanowią alternatywną ofertę przewozu. Odwołujący więc nie przedstawił dowodu, iż mimo wartości zamówienia przekraczającej progi dla zamówień sektorowych na dostawy, nie podlega przepisom tej ustawy określonym w rozdziale 5 - zamówienia sektorowe, z mocy wyłączenia zawartego w art.138a ust. 3 ustawy Pzp. Okolicznością niekwestionowaną i udokumentowaną przez zamawiającego aktem notarialnym umowy spółki oraz odpisem z KRS o numerze 102832 jest, iż zamawiający stanowi jednocześnie podmiot - osobę prawną utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy Pzp. Przedstawione zaś stanowisko Prezesa UZP w decyzji z dnia 8.10.2007 r. dotyczy ówczesnej sytuacji innego podmiotu – Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Międzygminnej Spółki z o. o. w Świerkłańcu. Z przedstawionych względów Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania z przyczyn wskazanych w odpowiedzi na odwołanie.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa dwudziestu fabrycznie nowych niskopodłogowych przegubowych autobusów komunikacji miejskiej w 2010 r. na rzecz zamawiającego - Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o. w Gliwicach. Wartość zamówienia określona w ogłoszeniu (sekcja II.2.1) wynosi między 4 900 000, a 5 700 000 euro. Z tych względów, niezależnie od tego, że zamawiający jest podmiotem utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mającym charakteru przemysłowego ani handlowego, określonym w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z całością kapitału jednostek samorządu terytorialnego, a zatem sprawujących nadzór i mających prawo powoływania organów zarządzających i nadzorczych, w postępowaniu znajdują zastosowanie przepisy szczególne zawarte w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i w rozdziale 5 ustawy Pzp - zamówienia sektorowe. W myśl art. 132 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamówienie jest udzielane w celu wykonywania obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego, a wartość zamówienia przenosi kwotę 387 000 euro dla zamówień sektorowych dla dostaw, określoną rozporządzeniem z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795). W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zamawiający zawarł wymagania w odniesieniu do wykonawców. W sekcji III.2.3 ogłoszenia, postawił warunek zdolności technicznej wykonawcy do wykonania zamówienia w postaci „wyprodukowania i wprowadzenia do obrotu na rynku państw członkowskich Unii Europejskiej, Królestwa Norwegii lub Konfederacji Szwajcarskiej, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie

co najmniej 5 sztuk autobusów przegubowych niskopodłogowych (analogicznie pkt 5.1.2.2 SIWZ) typu oferowanego w niniejszym postępowaniu.” Celem potwierdzenia spełnienia opisanego wyżej warunku (sekcja III.2.3.3b ogłoszenia) wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostaw polegających na wyprodukowaniu co najmniej 5 sztuk autobusów przegubowych niskopodłogowych i wprowadzeniu do obrotu na rynku państw członkowskich Unii Europejskiej, Królestwa Norwegii lub Konfederacji Szwajcarskiej co najmniej 5 sztuk autobusów przegubowych niskopodłogowych (analogicznie pkt 5.2.3 SIWZ) typu oferowanego w niniejszym postępowaniu.”

W punkcie 6.1.3 SIWZ zamawiający wymagał złożenia wykazu „wyprodukowania i wprowadzenia do obrotu na rynku państw członkowskich Unii Europejskiej, Królestwa Norwegii lub Konfederacji Szwajcarskiej, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 5 sztuk autobusów przegubowych niskopodłogowych i załączenia dokumentów, iż dostawy te zostały wykonane należycie.

Bezsprzecznie, w oparciu o przepis art. 138c pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający był uprawniony, aby zamieścić w ogłoszeniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek - w przypadku zamówienia na dostawy – odrzucenia oferty, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50 %. Skoro dopuszczalność takiego warunku, który został postawiony w sekcji II.1.5.11 ogłoszenia wynika wprost z przepisów ustawy, zamawiający był zobowiązany, aby ustalić w tym zakresie warunki udziału odnoszące się do doświadczenia zawodowego wykonawcy (zdolności technicznej), a następnie podać sposób oceny spełnienia tego warunku. Zakres dokumentów, jakich zamawiający może wymagać określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Poza dokumentami wskazanymi w tym rozporządzeniu, zamawiający sektorowy na potwierdzenie warunków udziału, może żądać od wykonawców także innych dokumentów, o czym stanowi art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków. Cytowane przepisy dotyczące zamówień sektorowych, zdaniem Izby, nie wyłączają stosowania przepisów ogólnych odnoszących się do definicji pojęć i zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – mających urzeczywistnić i zapewnić przebieg postępowania z poszanowaniem podstawowych zasad uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis warunków udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, nie może eliminować, czy ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Doświadczenie zawodowe i wiedza wykonawcy winna być odnoszona do przedmiotu zamówienia, skoro stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, winien pozostawać proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, oraz być związany z przedmiotem zamówienia. Nie inaczej rzecz ujmując art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który wprawdzie zezwala na żądanie innych dokumentów, niż wyłącznie tych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, ale tylko wówczas, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu również w nawiązaniu do przedmiotu zamówienia. Opis warunków udziału oraz sposób oceny, winien być adekwatny – proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie upoważnia zamawiającego tak do stawiania wymagań - jak i żądania dokumentów, które nie mają związku z przedmiotem zamówienia. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 lutego 2003 r. sygn. akt V Ca 221/03 stwierdził, iż naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest „sam fakt nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich nie spełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który przez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.”

Wiedza i doświadczenie wykonawcy jest weryfikowana w oparciu o dotychczas zrealizowane zamówienia. Wiedza jest wynikiem nabytego doświadczenia wykonawcy przy wykonywaniu danego rodzaju zamówień. Weryfikacji warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy służy wykaz zrealizowanych dostaw, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy. Bez wątpliwości określenie dostawa w rozumieniu art. 605 K.c., iż przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia i dostarczenia rzeczy, nie znajduje zastosowania na gruncie przepisów ustawy Pzp. Ustawa ta bowiem zawiera autonomiczną definicję dostawy w art. 2 pkt 2 tej ustawy, stanowiącą, iż dostawą jest - nabywanie rzeczy praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Izba zatem podzieliła stanowisko odwołującego, iż z cytowanego przepisu wynika, że dostawca rzeczy nie musi być jej producentem. Wykonawca uczestniczący w postępowaniu, nie będący bezpośrednim producentem autobusów, jest w stanie dostarczyć w ramach przedmiotowego zamówienia dwadzieścia fabrycznie nowych niskopodłogowych przegubowych autobusów komunikacji miejskiej w 2010 r., w tym z udziałem towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, wynoszącym co najmniej 50 %. Do zrealizowania takiej dostawy, w ocenie Izby, nie było konieczne i adekwatne stawianie warunku, iż o udzielenie zamówienia może się ubiegać

wyłącznie wykonawca będący producentem i dostawcą autobusów na wymienionym rynku. Tym samym, za nadmierne należy uznać wymaganie przedłożenia dokumentów (wykazu usług wg wzoru załącznika G - doświadczenie zawodowe oraz referencji), poświadczających, iż dostawca autobusów, który składa ofertę, jest ich producentem, który wprowadził do obrotu na wskazanym rynku ilość autobusów wg wymagań opisanych w punkcie 5.1.2.2. oraz punkcie 5.2.3 SIWZ.

Czynione zamawiającemu zarzuty znalazły potwierdzenie, gdyż dokonany opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. Uniemożliwia złożenie oferty podmiotom, którzy prowadzą działalność w zakresie obrotu, danym towarem, nie będąc producentami. Wywiera zatem wpływ antykonkurencyjny i dyskryminujący w środowisku potencjalnych wykonawców zamówienia. Dyrektywy europejskie w sprawie zamówień publicznych, ustanawiają minimalne standardy w celu ochrony konkurencji na wspólnym rynku, w szczególności dotyczą one równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może w jakikolwiek sposób dyskryminować podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tak na etapie wszczynania postępowania przez np. formułowanie warunków udziału w postępowaniu, jak i po upływie terminu składania ofert, przez odstąpienie od własnych postanowień ogłoszenia i SIWZ. W opinii Izby, powstała w niniejszym przetargu sytuacja jest niemożliwa do zaakceptowania z punktu widzenia systemu zamówień publicznych, w tym przede wszystkim przepisu art. 7 ust. 1. ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo wymagać od wykonawcy wykazania doświadczenia w zakresie przedmiotu dostawy, jednak sposób określenia tego doświadczenia jak i sposób oceny, nie może być ograniczony terytorialnie. Miarą doświadczenia wykonawcy są zrealizowane dostawy, w tym takiego rodzaju autobusów jak przedmiot zamówienia, bez względu na to, na jakim rynku zostały one wyprodukowane i sprzedane.

Wobec powyższych ustaleń, Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż ustanowił warunki udziału i sposób oceny ich spełnienia adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ocenia zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, w odniesieniu do obowiązujących przepisów, ustanowionych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych. Odwołanie w sprawie nieuwzględnionych zarzutów, dotyczących postanowień ogłoszenia oraz SIWZ, nie może być traktowane jako rodzaj swoistego pozwu o ukształtowanie warunków postępowania. Stanowisko Izby ogranicza się zatem do stwierdzenia naruszeń wskazanych przepisów ustawy i nakazania zamawiającemu zmiany ogłoszenia oraz modyfikacji SIWZ, celem wyeliminowania tych naruszeń.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że przytoczone wyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu oraz ustalenia sposobu ich oceny, w zakresie jakim wymagają wykazania i złożenia oświadczenia przez wykonawcę, iż „wyprodukował i wprowadził do obrotu autobusy, na rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, Królestwa Norwegii lub Konfederacji Szwajcarskiej,” w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, naruszają przepisy art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 ustawy oraz art. 138c ustawy Prawo zamówień publicznych. Wystarczającym, w ocenie Izby, jest wymaganie ograniczające się do wykazania wprowadzenia do obrotu co najmniej 5 autobusów przegubowych niskopodłogowych, typu opisanego w przedmiocie zamówienia, niezależnie od postawionego odrębnie wymagania polegającego na wykazaniu dostawy co najmniej 15 sztuk niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp z uwzględnieniem postanowień art. 186 ust. 6 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć zamawiającego.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego - wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 8 044,00 zł. na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b oraz ust. 2 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, Dz. U. Nr 182, poz.1122).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

