

Sygn. akt: KIO/UZP 77/10

WYROK

z dnia 4 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

| | |
|------------------------|---------------------------------------------------|
| Przewodniczący: | Emil Kuriata |
| Członkowie: | Sylwester Kuchnio Izabela Kuciak |
| Protokolant: | Paweł Nowosielski |

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229; 60-965 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu, ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław** protestu z dnia 18 grudnia 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu, ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław** 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 **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229; 60-965 Poznań;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu, 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; 60-965 Poznań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu do odwołania;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229; 60-965 Poznań.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu, ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – sektorowego na „Dostawę 8 sztuk wagonów tramwajowych wieloczłonowych, częściowo niskopodłogowych, jednokierunkowych - w ramach projektu "Zintegrowany system transportu szynowego w aglomeracji i we Wrocławiu - etap I", w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2009 roku, pod numerem 2009/S 240 - 343681.

Zarówno protest, jak i odwołanie dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu.

Wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229; 60-965 Poznań (zwany dalej „Odwołującym”) - dnia 18 grudnia 2009 roku wniósł do Zamawiającego protest zarzucając naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, co przejawia się tym, iż w nieuzasadniony sposób utrudniają uczciwa konkurencję uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu większej ilości wykonawców, w tym Protestującemu - zdolnych do należytego wykonania zamówienia i posiadających niezbędną w tym celu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz dysponujących osobami zdolnymi do realizacji zamówienia,
- 2) § 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.), przy formułowaniu tych wymagań Zamawiający błędnie założył bowiem, że wykaz „dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia" (których zażądać mógł Zamawiający, w celu potwierdzenia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia) stanowić mogą dostawy, których przedmiot stanowią tramwaje mające dokładnie te same cechy, co tramwaje będące przedmiotem Zamówienia, a nie jakiegokolwiek inne tramwaje przeznaczone do przewozu osób.

Protestujący wniósł o dokonanie modyfikacji treści Ogłoszenia w taki sposób, aby treść ta nie naruszała wskazanych wcześniej przepisów tj. poprzez wprowadzenie następujących zmian w Ogłoszeniu:

1) sformułowanie podpunktu 2 punktu III.2.1) w sekcji III Ogłoszenia w następujący sposób:
„Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie dostawy tramwajów przeznaczonych do przewozu osób o wartości, co najmniej 18 000 000,00 PLN oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.”

2) sformułowanie punktu III.2.3) w sekcji III. Ogłoszenia w następujący sposób:
„Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów: W celu potwierdzenia, opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający żąda, następujących dokumentów: wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostaw tramwajów przeznaczonych do przewozu osób o wartości, co najmniej 18 000 000,00 PLN z załączeniem dokumentów potwierdzających ich należyte zrealizowanie.”

W przypadku natomiast uznania, iż wad Ogłoszenia nie można poprawić na podstawie ustawy Pzp, Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania.

Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż w niniejszym postępowaniu wykonawcy mają się wykazać nie tylko samym wykonaniem tramwaju wieloczołowego, z co najmniej jednym członem niskopodłogowym napędzanym silnikami asynchronicznym, a więc tramwaju określonego typu, ale również legitymować się dostawą - we wskazanym przez Zamawiającego okresie, 3 lat przed dniem wszczęciem postępowania - dostawami o wartości, co najmniej 18 000 000, PLN. Oznacza to, iż Zamawiający wymaga od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem w wykonaniu dostaw określonego typu tramwaju, a nie jakiegokolwiek typu tramwaju, co gwarantuje Zamawiającemu wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji

zamówienia, a tym samym ograniczeniu do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. Tak więc umiejętność wykonania określonego typu tramwaju musi być poparta nie tylko wiedzą, ale i praktyką zdobytą oraz ugruntowaną w trakcie realizacji wcześniejszych dostaw. Nie może to być - wbrew twierdzeniom Protestującego - prototyp, ani też tramwaj, który zostanie dopiero wyprodukowany, po wprowadzeniu zmian (bez znaczenia jest to, czy zmiany te mają charakter istotny, czy też mniej istotny), dostosowujących tramwaj do oczekiwań Zamawiającego. Nie może mieć miejsca sytuacja, w której przedmiot zamówienia istnieje jedynie w sferze dokumentacji. Wykonawca musi się bowiem wykazać doświadczeniem w produkcji i dostawie określonego typu tramwaju, tj. tramwaju o określonych rozwiązaniach technicznych, odpowiadającego potrzebom Zamawiającego, a nie oczekiwaniom wykonawcy. To Zamawiający decyduje, co stanowi przedmiot zamówienia oraz jakie warunki udziału w postępowaniu wykonawca powinien spełnić, aby móc ubiegać się o określone zamówienie z uwzględnieniem obowiązujących w tym zakresie przepisów

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 14 stycznia 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z sekcją II pkt 2 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, szacunkowa wartość zamówienia wynosi 22 400 000,00 PLN.

Izba ustaliła następujące terminy czynności dokonywanych zarówno przez Zamawiającego, jak i Odwołującego:

- 1) Termin opublikowania ogłoszenia – 12 grudnia 2009 roku.
- 2) Protest został wniesiony w dniu 18 grudnia 2009 roku.
- 3) Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2009 roku protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie. Informację o rozstrzygnięciu protestu Zamawiający przesłał Protestującemu w dniu 4 stycznia 2010 roku.
- 4) Pismem z dnia 13 stycznia 2010 roku, wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 14 stycznia 2010 roku Protestujący wniósł odwołanie.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu, sekcja III. punkt III.2.1) podpunkt 2. postawił następujący warunek udziału w postępowaniu – dotyczący doświadczenia: *„W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy: złożą oświadczenie w trybie art. 22 ust. 1 ustawy dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, tj: (...) Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawy odpowiadając rodzajem tj. tramwaje wieloczołonowe z co najmniej jednym członem niskopodłogowym, napędzany silnikami asynchronicznymi o wartości co najmniej 18 000 000,00 PLN (...).”*.

W ocenie Izby, Zamawiający opisując w sposób powyższy warunek dotyczący doświadczenia naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Izba, w pełni popiera stanowisko Odwołującego, a dodatkowo uzasadnia, jak poniżej.

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Zasada przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji musi być interpretowana w powiązaniu z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zmianami). Art. 3 wspomnianej ustawy stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien zwracać szczególną uwagę by niezachwiana została proporcja pomiędzy możliwymi żądaniami, a możliwościami wynikającymi z tych żądań, w kontekście zachowania zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby wydaje się, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu proporcji takiej nie zachował, gdyż zbyt rygorystycznie potraktował potencjalnych wykonawców opisując warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w sposób, który uniemożliwił im złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofert.

Zamawiający formułując przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu nie uwzględnił cech rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia, tj. rynku producentów tramwajów.

W powyższym zakresie Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający nie uwzględnił faktu, że produkcja tramwajów przeznaczona jest w całości na rynek publiczny, tym samym całkowicie uzależnia ją od udzielenia zamówienia publicznego, a zatem niemożność uzyskania zamówienia stanowi barierę uniemożliwiającą przedsiębiorcy wejście na ten rynek. W Polsce i Europie prowadzona jest rocznie ograniczona ilość postępowań o udzielenie zamówienia na dostawę tramwajów, co dodatkowo zwiększa bariery dostępu do przedmiotowego rynku. Ponadto wymagania zamawiających dotyczące cech tramwajów są za każdym razem wysoce zindywidualizowane, co powoduje, że każdy wykonawca działający w branży tramwajowej jest w pełni przygotowany dostosować wytwarzany pojazd do oczekiwań zamawiającego.

W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego, iż doświadczenie nabyte przy produkcji innych tramwajów niewątpliwie różni się od doświadczenia nabytego przy produkcji tramwaju niskopodłogowego i wielocłonowego jest chybiona i nie udowodniona. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że produkcja nowoczesnego tramwaju sprowadza się do integracji poszczególnych elementów opracowywanych i budowanych przez dostawców zewnętrznych, którymi jest kilka renomowanych firm, które zaopatrują wszystkich istniejących na rynku producentów tramwajów, dostarczając im na zamówienie wszelkie

konieczne elementy konstruowanego pojazdu. Proces produkcji tramwaju niskopodłogowego nie różni się z punktu widzenia konstrukcji i technologii od procesu produkcji tramwaju posiadającego inne cechy – sprowadza się jedynie do nadania odmiennego kształtu karoserii tramwaju oraz wózkowi napędnemu i tocznemu.

Przez analogię, produkcję tramwajów można porównać do produkcji samochodów, gdzie różne zakłady i fabryki produkują odpowiednie podzespoły, które wykorzystywane są w różnych markach do różnych modeli samochodów uzyskując odmienny efekt końcowy w postaci innej klasy samochodów, innej marki wykorzystujących te same elementy składowe (podzespoły, tj. silniki, skrzynie biegów, zawieszenia, itp.).

Dodatkowo, Izba zwraca uwagę, iż nie można odmówić Odwołującemu doświadczenia w budowaniu pojazdów szynowych, którego doświadczenie sięga okresu ponad 87 lat.

Jednakże, tak bogate doświadczenie, przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób, w jaki tego dokonał Zamawiający uniemożliwia udział w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1257/08, gdzie skład orzekający stwierdził, iż „(...) *nie można żądać, aby uczestnicy postępowania przetargowego musieli wykazać się na potwierdzenie spełnienia warunku wymaganego doświadczenia zawodowego zadaniami tożsamymi w swym zakresie z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. Wynika to z faktu, iż zasadniczo nie ma w swej istocie dwóch identycznych zamówień, a taka konstrukcja warunku, (...) powodowałaby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawcy poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców*” stwierdzić należy, iż pozostawałaby jedynie w „sferze marzeń” możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy specyficzne, dookreślone w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami warunki udziału w postępowaniu wskazywałyby szczegółowe rozwiązania techniczne, nie mające racjonalnego uzasadnienia przy dostawie, a następnie eksploatacji przedmiotu zamówienia. Przykładowo: uznany i renomowany producent pojazdów szynowych – tramwajowych, który przez trzy lata z rzędu nie wyprodukuje i 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.

W opinii przedstawionej przez Odwołującego, wystawionej przez prof. dr hab. inż. Jerzego Merkisza z Instytutu Silników Spalinowych i Transportu Politechniki Poznańskiej jasno wynika, że „(...) *o wysokim poziomie technicznym pojazdu szynowego, jego walorach eksploatacyjnych i niezawodności w wysokim stopniu decyduje poziom dobranych głównych*

komponentów, a te pochodzą z reguły od renomowanych, specjalizujących się w określonej grupie wyrobów producentów. (...) Producent (integrator) mający doświadczenie w produkcji różnego typu pojazdów szynowych, takich jak nowoczesne lokomotywy, wagony osobowe, tramwaje, dysponujący odpowiednim zespołem doświadczonych specjalistów w zakresie konstrukcji mechanicznej i elektrycznej, technologii, badań i odbiorów, ma wystarczające kompetencje do podjęcia produkcji nowoczesnych tramwajów, z napędem asynchronicznym i z dowolnym udziałem niskiej podłogi. W przeciwnym przypadku mogłoby dojść do paradoksu, że z przetargu na tramwaje z 70% niską podłogą mogliby być wyeliminowani oferenci, którzy w ostatnich latach produkowali wyłącznie tramwaje ze 100% niską podłogą.”

Zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie można traktować w sposób absolutny, tj. nakazujący zamawiającemu udzielenie zamówienia publicznego każdemu wykonawcy, również takiemu, który nie daje rękami należytego wykonania tego zamówienia, bowiem ustawodawca przewiduje, że wykonawca może być tylko i wyłącznie podmiot, który spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1. W takim zakresie, w jakim zamawiający żąda spełnienia tych warunków, nie narusza ona zasady wskazanej w art. 7, o ile oczywiście kryteria ich spełnienia sformułowane są w sposób obiektywny, podyktowany zakresem lub zaawansowaniem technologicznym zamówienia, którego realizacja wymaga od wykonawcy odpowiedniego doświadczenia, wiedzy, potencjału ekonomicznego, technicznego lub finansowego (Prawo zamówień publicznych – komentarz wyd. 3, pod redakcją T. Czajkowskiego, Warszawa 2007).

Warunek udziału w postępowaniu, dotyczący doświadczenia wykonawcy w dostawach odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostawy tramwajów wieloczołowych, z co najmniej jednym członem niskopodłogowym, napędzanych silnikami asynchronicznymi (...) w ocenie Izby jest warunkiem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji.

Powyższe potwierdza choćby fakt, iż w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu został złożony jedynie jeden wniosek o dopuszczenie do udziału oraz została złożona tylko jedna oferta. Stanowi to o ograniczeniu konkurencji zarówno na rynku krajowym jak i europejskim. Warunek udziału w postępowaniu, w sposób rażący naruszył przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutów postawionych przez Odwołującego, jak i uniemożliwił Zamawiającemu racjonalne wydatkowanie środków publicznych, gdyż niewykluczone, iż warunek postawiony w sposób, w jaki proponuje Odwołujący pozwoliłby na zainteresowanie większego grona producentów udziałem w przedmiotowym postępowaniu. Argumentacja Zamawiającego, iż przedmiotowe zamówienie jest

zamówieniem marginalnym, nie znajduje swojej aprobaty u Izby, chociażby ze względu na wartość szacunkową zamówienia, ustaloną przez Zamawiającego w wysokości ponad 22 mln zł. Zdaniem Izby, przez niewłaściwe opisanie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający pozbawił siebie możliwości dokonania wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - 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 **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....