

Sygn. akt: KIO 2178/12

WYROK

z dnia 23 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2012 r. przez **H..... Ś..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „MET-CHEM” Zakłady Metalowo Chemiczne Ś..... H....., ul. 3 Maja 178; 39-220 Pilzno, w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Mazowieckie KM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany: pkt II.2.1 ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu oraz działu VI ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, iż pkt II.2.1 ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu oraz działu VI ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia otrzymują brzmienie: Wykonawca winien udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w ciągu 12 miesięcy dostawy (zamówienia) wstawek hamulcowych obejmujące nie mniej niż 100 000 sztuk odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu za łączną kwotą nie mniejszą niż 4 000 000,- zł netto.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Koleje Mazowieckie KM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – **H..... Ś..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „MET-CHEM” Zakłady Metalowo Chemiczne Ś..... H....., ul. 3 Maja 178; 39-220 Pilzno**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - **Koleje Mazowieckie KM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1**, na rzecz odwołującego – **H..... Ś..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „MET-CHEM” Zakłady Metalowo Chemiczne Ś..... H....., ul. 3 Maja 178; 39-220 Pilzno**, kwotę **18 597 zł 75 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Koleje Mazowieckie KM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę klocków hamulcowych” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 września 2012 roku pod numerem 2012/S 188-309733.

Dnia 9 października 2012 roku wykonawca H..... Ś..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „MET-CHEM” Zakłady Metalowo Chemiczne Ś..... H....., ul. 3 Maja 178; 39-220 Pilzno (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

1) określeniu w pkt. II.2.1 ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, cyt. *„Wykonawca winien udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną dostawą (zamówienie) wstawek hamulcowych obejmującą nie mniej niż 100 000 sztuk odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000 PLN netto”*,

2) określeniu w pkt. VI ppkt. I s.i.w.z. warunku udziału w przetargu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tego warunku, cyt. *„Wykonawca winien udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną dostawą (zamówienie) wstawek hamulcowych obejmującą nie mniej niż 100 000 sztuk odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000 PLN netto”*.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych i przepisy rozporządzenia 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, gdyż określa kryteria co do posiadanego doświadczenia i wiedzy w sposób nieadekwatny do zamówienia będącego przedmiotem przetargu poprzez żądanie, aby

dostawa wstawek hamulcowych obejmującą nie mniej niż 100 000 sztuk była dokonana w ramach jednego zamówienia a także opiewała na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000 PLN netto,

2. art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie zamawiającemu zmiany pkt. II.2.1 ppkt 2 *Ogłoszenia o zamówieniu* poprzez nadanie zaskarżonemu warunkowi udziału w przetargu, następującej treści w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:

Wykonawca winien udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w ciągu 12 miesięcy dostawy (zamówienia) wstawek hamulcowych obejmującą nie mniej niż 100 000 sztuk odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu.

2. Nakazanie zamawiającemu zmiany pkt. VI ppkt.I s.i.w.z. poprzez nadanie zaskarżonemu warunkowi udziału w przetargu oraz opisowi sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, następującej treści:

Wykonawca winien udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w ciągu 12 miesięcy dostawy (zamówienia) wstawek hamulcowych obejmującą nie mniej niż 100 000 sztuk odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu.

3. Zasądzenie na rzecz Odwołującego się od Zamawiającego, kosztów postępowania.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 8 października 2012 roku.

Zamawiający, pismem dnia 22 października 2012 roku, na rozprawie, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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.

Odwołujący podniósł, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu uniemożliwiają odwołującemu uczestniczenie w przetargu, pomimo pełnej zdolności do jego realizacji.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (pkt. IV oraz pkt V) zamówienie obejmuje dostawę 140.000 wstawek hamulcowych w okresie 12 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy. Wstawki te powinny zostać dostarczone do 4 lokalizacji wskazanych w załączniku Nr 2 do s.i.w.z. Tym samym zamawiający wymaga posiadania zdolności, wiedzy i doświadczenia wystarczających do dostarczenia określonej ilości wstawek hamulcowych w określonym czasie.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotowy warunek opracował prawidłowo i jest on proporcjonalny do wielkości przedmiotowego zamówienia zarówno w zakresie wielkości zamawianych wstawek, jak i w zakresie minimalnej kwoty zrealizowanego zamówienia, która jest znacznie niższa niż wartość szacunkowa zamówienia. Zdaniem zamawiającego, w jego interesie jest, aby dostawcą wstawek hamulcowych był podmiot, który jest w stanie wykonać zawartą umowę. Dla zamawiającego istotnym jest, aby wykonawca posiadał takie moce produkcyjne, które pozwalałyby na bieżącą realizację przedmiotu zamówienia lub takie możliwości akumulacyjne, aby mógł zmagazynować wyprodukowany towar w takiej ilości, która pozwoli go terminowo, zgodnie z umową dostarczać.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż zamawiający ma prawo opisać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, jednakże opis ten, w ocenie Izby, nie może naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby zamawiający nie udowodnił, że postawiony warunek nie narusza tejże zasady. Należy bowiem powiązać zdolność produkcyjną wykonawcy ze zdobytym doświadczeniem.

Czymże bowiem jest doświadczenie wykonawcy, jak nie wprawą, umiejętnościami zdobytymi i ugruntowanymi przy wykonywaniu dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, niezależnie od tego czy były one wykonywane w ramach jednego czy kilku kontraktów.

W ocenie Izby zamawiający nie udowodnił, że postawiony przez niego warunek nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazać należy, że zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, w jakim zakresie, w ilu dostawach, w jakiej wysokości były realizowane poprzednie zamówienia. Ocena tych dowodów mogłaby prowadzić np. do ustalenia, czy zamawiający realizuje zamówienie w jednej dostawie w wysokości 100 000 wstawek, czy w kilku zamówieniach w różnych wysokościach.

Skoro bowiem zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dział IV pkt 4) wskazał, że dostawy przedmiotu zamówienia odbywać się będą po wcześniejszym złożeniu zamówienia, w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach do 8.00 – 14.00, w ciągu czterech dni licząc od dnia wysłania zamówienia faksem, to oznacza, że zamawiający przewidział realizację zamówienia w sposób cykliczny, co również wynika bezpośrednio z działu V s.i.w.z., gdzie zamawiający podał, że zamówienie będzie realizowane w okresie 12 miesięcy, licząc od dnia podpisania umowy.

Wskazać należy, że sposób realizacji zamówienia ma istotny wpływ na opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie można bowiem wykluczyć, że odwołujący dysponujący mocą produkcyjną ok. 20 000 sztuk wstawek miesięcznie prawidłowo będzie realizował zamówienie. Stawianie nadmiernego wymogu doświadczenia, przy jednoczesnym braku odzwierciedlenia tegoż w sposobie realizacji może dyskryminować i dyskryminuje innych wykonawców, którzy mając stosowne doświadczenie (przedmiotowe), nie realizowali jednego kontraktu w określonej wysokości i o określonej wartości. Skoro bowiem zamawiający przewiduje możliwość zrealizowania 100 000 sztuk wstawek w ramach jednego zamówienia, to takie obostrzenie winno wynikać z s.i.w.z. i wzoru umowy. W obecnym stanie faktycznym żaden z wykonawców nie jest w stanie przewidzieć jak będzie realizowane zamówienie, w jakich wysokościach i terminach zamawiający będzie wymagał dostaw.

Zamawiający przewiduje dostawę 140 000 wstawek w okresie 12 miesięcy, co pozwala na przyjęcie, że średnio co miesiąc zamawiający będzie zamawiał ok. 12 tysięcy wstawek. I taki w ocenie Izby mógłby być postawiony warunek – zdolność produkcyjna np. w wysokości ok. 15 000 wstawek miesięcznie, co odpowiadałoby realiom przedmiotowego zamówienia. Stawianie wymogu legitymowania się jednym zamówieniem (dostawą) w wysokości 100 000 sztuk wstawek hamulcowych za kwotę nie mniejszą niż 4 000 000,- zł netto, nie znajduje

odzwierciedlenia w warunkach kontraktowych opisanych przez zamawiającego, przez co zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: