

WYROK
z dnia 25 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 maja 2017 r. przez Wykonawcę - **P.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.S.O.S.P.S. P.M. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – „**P.R.**” Sp. z o.o. Oddział O. z siedzibą w O. (...)

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego sformułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia
- 1.1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu wymogu posiadania specjalistycznych urządzeń do wykonywania pomiarów geometrycznych ostoi
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego P.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.S.O.S.P.S. P.M. (...)**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania **odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego P.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.S.O.S.P.S. P.M. (...)**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający „P.R.” sp. z o.o. z siedzibą w O. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie przeglądów z poziomu PU4 dla autobusów szynowych SA134-009, SA134-011, SA134-012, SA134-013 oraz SA134-014 zgodnie z DSU. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 5 maja 2017 roku pod numerem 2017/S 087-171089.

Odwołujący P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.M. A.S.O.S.P.S. wniósł odwołanie wobec sformułowania przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nadmiernych i nieproporcjonalnych w stosunku do przedmiotu zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przekraczający miarę konieczną do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, art. 7 ust. 1 poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu, które prowadzą do uchybienia zasadom zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków udziału w postępowaniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Wykonawca musi wykazać, że:

- a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał prace 4 lub 5 poziomu utrzymania na co najmniej 3 autobusach szynowych dwuczłonowych wyprodukowanych po 2000 r. o wartości co najmniej 6 000 000 PLN (sześć milionów złotych) łącznie.
- b) dysponuje następującymi urządzeniami i zapleczem, które będą mogły zostać użyte do realizacji przedmiotu zamówienia, w liczbie co najmniej 1 sztuka każde:
 - Oprzyrządowanie do wykonania badań spoin;
 - Specjalistyczne urządzenia do wykonania pomiarów geometrycznych ostoi;
 - Stanowisko do wykonania pomiarów czopa skrętu (prostopadłość osi czopa do podstawy);
 - Specjalistyczne stanowisko do wykonywania pomiarów geometrii ramy wózka;

- Prasa do wykonywania próby obciążenia;
- Stanowisko do demontażu zestawów kołowych z wózka;
- Specjalistyczne stanowisko do wykonywania wyważania zestawów kołowych;
- Oprzyrządowanie do wykonywania badań ultradźwiękowych;
- Specjalistyczne stanowisko do napraw silnika i przekładni;
- Specjalistyczne stanowisko do wykonywania naprawy głównej przekładni osiowej.”

Analogiczny warunek został zamieszczony w § 6 ust. 2 pkt 1) SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, sformułowanie powyższych warunków narusza wskazane wyżej przepisy Pzp. Warunki te są nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także nie pozwalają na udział w postępowaniu i ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy są w pełni zdolni do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada niezbędne doświadczenie, które jest wystarczające do wykonania tego zamówienia, jednakże z uwagi na treść warunków nie może złożyć oferty.

I. Wymóg wykonania prac 4 lub 5 poziomu utrzymania na co najmniej 3 autobusach szynowych dwuczłonowych wyprodukowanych po 2000 r. o wartości co najmniej 6 000 000 PLN (sześć milionów złotych) łącznie.

Odwołujący podniósł, że możliwość spełnienia warunku odnoszącego się do wykonania prac 5 poziomu na autobusach szynowych wyprodukowanych po 2000 roku jest iluzoryczna. Przegląd poziomu 5 wykonuje się po wykonaniu przeglądu poziomu 4. Przegląd poziomu 4 wykonuje się, w zależności od danego przewoźnika, po 8 lub 9 latach od czasu wprowadzenia pojazdu do ruchu, a w konsekwencji przegląd poziomu 5 wykonuje się po upływie kolejnych 8 lub 9 lat od wykonania pierwszego przeglądu poziomu 4. Oznacza to, że wobec autobusu wyprodukowanego po 2000 roku, a zatem najwcześniej w 2001 roku, przegląd poziomu 5 może być wykonany najwcześniej w roku 2017. Odwołujący wskazał, że takie przeglądy nie zostały do tej pory wykonane, co oznacza, iż żaden wykonawca nie może wykazać się spełnieniem warunku w tym zakresie.

Odnośnie wykonania prac poziomu 4, w ocenie Odwołującego, przeszkodą do złożenia oferty jest określona przez Zamawiającego wartość wykonanych prac lub ograniczenie doświadczenia do pojazdów dwuczłonowych. Wartość jednego przeglądu poziomu 4 dla pojazdu dwuczłonowego to ok. 1.000.000,00 - 1.200.000,00 zł, a zatem celem wykazania się spełnieniem warunku wykonawca musiałby zrealizować przeglądy 5-6 pojazdów. Odwołujący wykonał 3 przeglądy poziomu 4 dla pojazdów dwuczłonowych oraz większą ilość przeglądów poziomu 4 dla pojazdów jednoczłonowych. W konsekwencji Odwołujący mógłby wykazać się doświadczeniem w wykonaniu przeglądów o wartości ok. 3 mln zł wyłącznie dla pojazdów dwuczłonowych lub większej wartości dla pojazdów dwu lub jednoczłonowych. Przy tym

podkreślić należy, że bez względu na to, czy ma się do czynienia z pojazdem jedno czy dwuczłonowym zakres prac przeglądowych jest dokładnie taki sam. Jedyna różnica sprowadza się do podwojenia tych prac dla pojazdu dwuczłonowego.

II. Wymóg posiadania specjalistycznych urządzeń do wykonania pomiarów geometrycznych ostoi

Zamawiający wymaga posiadania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia licznych elementów wyposażenia, które są niezbędne do wykonania przeglądu poziomu 4 i w tym zakresie Odwołujący warunku nie kwestionuje. Odwołujący wskazał natomiast, że pomiary geometryczne ostoi nie znajdują się w zakresie przeglądu poziomu 4, a przedmiot zamówienia dotyczy przeglądów właśnie tego poziomu. Pomiary geometryczne ostoi wykonywane są w ramach przeglądu poziomu 5 lub w przypadku zajścia wypadku. W konsekwencji urządzenia do wykonania pomiarów geometrycznych ostoi nie są potrzebne do wykonania przeglądu poziomu 4, a tym, samym nie są potrzebne do wykonania przedmiotu zamówienia, co oznacza, że wymóg ich posiadania jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku na treść następującą:

„Wykonawca musi wykazać, że:

- a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał prace 4 lub 5 poziomu utrzymania na co najmniej 3 autobusach szynowych o wartości co najmniej 6 000 000 PLN (sześć milionów złotych) łącznie.
- b) Dysponuje następującymi urządzeniami i zapleczem, które będą mogły zostać użyte do realizacji przedmiotu zamówienia, w liczbie co najmniej 1 sztuka każde:
 - Oprzyrządowanie do wykonania badań spoin;
 - Stanowisko do wykonania pomiarów czopa skreću (prostokątność osi czopa do podstawy);
 - Specjalistyczne stanowisko do wykonywania pomiarów geometrii ramy wózka;
 - Prasa do wykonywania próby obciążenia;
 - Stanowisko do demontażu zestawów kołowych z wózka;
 - Specjalistyczne stanowisko do wykonywania wyważania zestawów kołowych;
 - Oprzyrządowanie do wykonywania badań ultradźwiękowych;
 - Specjalistyczne stanowisko do napraw silnika i przekładni;
 - Specjalistyczne stanowisko do wykonywania naprawy głównej przekładni osiowej.”

Odwołujący podkreślił, że brak zmiany zakwestionowanych warunków znacznie ograniczy, a w zasadzie zniechęci konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. Rynek tego typu

zamówień oraz wykonawców realizujących je jest bardzo wąski, stąd Odwołujący ma precyzyjną wiedzę odnośnie wykonawców, którzy są zdolni wykonać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący wskazał, że na warunkach sformułowanych przez Zamawiającego ofertę w przedmiotowym Postępowaniu może złożyć jedynie producent pojazdów.

Natomiast Odwołującemu uniemożliwiono złożenie oferty pomimo tego, że jest on zdolny do wykonania zamówienia, realizował i realizuje podobne zamówienia, posiada odpowiedni sprzęt do wykonania zamówienia oraz dysponuje przeszkolonym personelem.

Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący wymogu posiadania specjalistycznych urządzeń do wykonania pomiarów geometrycznych ostoi.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przekraczający miarę konieczną do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, które prowadzą do uchybienia zasadom zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W ocenie Izby, Zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu, nie naruszył powyższego przepisu, dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu.

Należy zauważyć, że w treści odwołania wskazano na dwa elementy, które miałyby powodować, że opis warunku jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia: brak

dopuszczenia możliwości wykazania doświadczenia w zakresie pojazdów jednoczłonowych oraz brak dopuszczenia możliwości wykazania się doświadczeniem zrealizowania przeglądów pojazdów produkowanych przed 2000 r.

W ocenie Izby, każde z wymagań Zamawiającego we wskazanym zakresie odnosi się do opisanego przedmiotu zamówienia i ma swoje uzasadnienie.

Zamawiający wyjaśnił, że posiada pojazdy, w których zastosowana jest nowoczesna technologia, stosowana po 2000 r. Pojazdy takie posiadają nowoczesny system, w tym klimatyzację, system informacji dla pasażerów. Opis przedmiotu zamówienia dotyczy realizowania przeglądów w pojazdach produkowanych po 2000 r. Tym samym Zamawiający dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w sposób proporcjonalny. W ocenie Izby, Zamawiającemu nie może zostać postawiony wymóg, aby w treści warunku uwzględnione zostało doświadczenie także w zakresie pojazdów innej, starszej technologii, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia dotyczy pojazdów technologii nowoczesnej. Oczywistym jest zatem postawienie wymagania proporcjonalnego – odnoszącego się do wiedzy w zakresie technologii nowszej, zastosowanej w pojazdach objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił także, że pojazdy jednoczłonowe w zasadniczy sposób różnią się od pojazdów dwuczłonowych. Inna jest ich konstrukcja, z dodatkowym elementem łączącym, ważnym z punktu widzenia sterowania pojazdem. Zatem w ocenie Izby, postawienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do pojazdów wyprodukowanych po roku 2000, jak również do pojazdów dwuczłonowych, jest uzasadnione.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że: „bez względu na to, czy ma się do czynienia z pojazdem jedno czy dwuczłonowym zakres prac przeglądowych jest dokładnie taki sam. Jedyne różnice sprowadza się do podwojenia tych prac.” Jednak Zamawiający wskazał, że pojazd jedno- i dwuczłonowy różnią się, co przekłada się także na zakres prac niezbędnych do wykonania. Zamawiający wskazał, że w przypadku przeglądu pojazdów dwuczłonowych występują prace, które nie występują przy pojeździe jednoczłonowym. Dotyczą one chociażby trzeciego wózka, łączenia mechanicznego, elektronicznego i elektrycznego. Tym samym należało uznać, że nie jest prawdziwe oświadczenie Odwołującego, że zakres prac przeglądowych jest dokładnie taki sam w przypadku pojazdu jedno i dwuczłonowego. Występują bowiem różne elementy i nie jest to zwykłe zwiększenie ilości prac w przypadku pojazdu dwuczłonowego względem pojazdu jednoczłonowego, gdyż są to elementy występujące wyłącznie w pojazdach dwuczłonowych. Odwołujący nie wykazał twierdzenia, na które się powołał.

Odwołujący nie wykazał zatem, aby opisany warunek był nieproporcjonalny do przedmiotu

zamówienia. Odwołujący nie wykazał także, aby opis warunku przekraczał miarę konieczną do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W tym zakresie nie wskazywał na żadne konkretne okoliczności.

Podkreślić należy, że zgodnie z dotychczasową linią orzeczniczą, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia zgodnie z uzasadnionymi potrzebami. Skoro zatem opisany przedmiot zamówienia dotyczy przeglądów na poziomie 4 pojazdów dwuczłonowych, pojazdów, w których zastosowano nowe technologie, to również i warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określa adekwatne wymagania. Nie jest uprawnionym, w ocenie Izby, nakazywanie Zamawiającemu rozszerzenia warunku na wykazanie doświadczenia w zakresie przeglądu pojazdów produkowanych przed 2000 rokiem. Jak wyjaśnił Zamawiający, takie pojazdy są przestarzałe i nie zawierają technologii nowej. Intencją Zamawiającego jest, aby przedmiot zamówienia wykonany został przez wykonawców, posiadających doświadczenie w zakresie przeglądów pojazdów nowych, wyprodukowanych z zastosowaniem nowoczesnej technologii.

Zamawiający wyjaśnił, że w treści warunku dopuścił także prace 5 poziomu. Może się bowiem zdarzyć, że wykonawcy nie mający siedziby na terytorium Polski wykonywali już takie przeglądy. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby dopuszczenie także wykonawców realizujących przeglądy poziomu 5 w jakikolwiek sposób ograniczało uczciwą konkurencję wykonawców, czy też było nieproporcjonalne do opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, jakiej modyfikacji powinien dokonać Zamawiający w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu. Proponowane zmiany dotyczyły wyłącznie dopuszczenia możliwości wykazania doświadczenia w zakresie pojazdów jednoczłonowych lub produkowanych przed 2000 r. Odwołujący w treści żądania pozostawił bez zmian propozycję Zamawiającego co do wartości prac, tj. 6 mln zł. Oznacza to, że Odwołujący nie zakwestionował elementu wartości prac w treści odwołania.

Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, że nie kwestionował w treści odwołania wartości określonej dla warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnił, że uznał, że mógłby wykazać się spełnieniem postawionego przez Zamawiającego warunku w sytuacji, gdyby Zamawiający dopuścił doświadczenie w zakresie prac wykonywanych przy pojazdach jednoczłonowych. Wskazał, że nie widzi także przeszkody, dla której nie można byłoby ukształtować warunku w inny sposób. Zamawiający nie był związany propozycją Odwołującego.

Należy zauważyć, że sam Odwołujący przyznał, że nie kwestionował w treści odwołania wartości określonej dla warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, nie proponował i nie wskazywał, jaka wartość byłaby proporcjonalna. Izba nie jest związana treścią żądania zmiany SIWZ przedstawioną w odwołaniu. Jednakże Odwołujący, po pierwsze: nie

przedstawił argumentacji, nie wykazał, aby określona w treści warunku wartość była nieprawidłowa; po drugie: nie określił wartości, która jego zdaniem byłaby prawidłowa i proporcjonalna. Wskazanie tych okoliczności spoczywało na Odwołującym.

W świetle powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji należało uznać, że Zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, które prowadzą do uchybienia zasadom zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu wymogu posiadania specjalistycznych urządzeń do wykonywania pomiarów geometrycznych ostoii.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia i rozprawy przesłał pismo, w którym uwzględnił powyższy zarzut i dokonał w tym zakresie modyfikacji treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Wobec powyższego, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego należało umorzyć.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....