

Sygn. akt: KIO/2210/10

WYROK
z dnia 21 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2010 r. przez **Solaris Bus & Coach S.A., 62-005 Owińska, ul. Obornicka 46, Bolechowo - Osiedle** odwołania, w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej przez zamawiających wspólnie występujących: **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, 85-844 Bydgoszcz, ul. Toruńska 174 a** oraz **TRAMWAJ FORDON Spółka z o.o., 85-844 Bydgoszcz, ul. Toruńska 174 a**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, 85-844 Bydgoszcz, ul. Toruńska 174 a oraz TRAMWAJ FORDON Spółka z o.o., 85-844 Bydgoszcz, ul. Toruńska 174 a i nakazuje

a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych,

zero groszy) uiszczony przez **Solaris Bus & Coach S.A., 62-005 Owińska, ul. Obornicka 46, Bolechowo - Osiedle,**

- b) zasądza od **Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, 85-844 Bydgoszcz, ul. Toruńska 174 a oraz TRAMWAJ FORDON Spółka z o.o., 85-844 Bydgoszcz, ul. Toruńska 174 a** na rzecz **Solaris Bus & Coach S.A., 62-005 Owińska, ul. Obornicka 46, Bolechowo - Osiedle** koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesione w związku z wpisem od odwołania

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiających (wspólnie występujących) – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy oraz Tramwaj Fordon Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w celu zawarcia umowy ramowej na *dostawę 15 sztuk fabrycznie nowych wielocłonowych tramwajów niskopodłogowych przystosowanych do eksploatacji po torach 1000 mm na terenie miasta Bydgoszczy* (znak postępowania: 066), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 191-291925 w dniu 1 października 2010 r., wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w dniu 8 października 2010 r. Solaris Bus & Coach S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 października 2010 r. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia została udostępniona przez zamawiającego w dniu 29 września 2010 r. na stronie internetowej.

Odwołanie wniesione zostało wobec ustalonego przez zamawiającego opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w którym to opisie zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawą co najmniej 5 sztuk tramwajów całkowicie niskopodłogowych w wersji odpowiadającej przedmiotowi zamówienia objętemu umową ramową. Opis ten w ocenie odwołującego narusza art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 22 ustawy Pzp. Analiza opisu warunku oraz opisu przedmiotu zamówienia wskazywać ma, iż na rynku obecnie istnieje jeden wykonawca, który może wykazać się dostawą tramwajów całkowicie niskopodłogowych w wersji odpowiadającej przedmiotowi zamówienia – przystosowany do eksploatacji po torach 1000 mm na terenie miasta Bydgoszczy, tj. tramwajów typu 122N, wyprodukowanych i dostarczonych przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding do dwóch miast polskich: Bydgoszczy (2 sztuki) oraz Łodzi (10 sztuk). Odwołujący podniósł, iż nie jest możliwe znalezienie producenta tego typu tramwaju w wersji odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, co wynika ze specyfiki szerokości torów w Polsce (rozstawu torów), która w większości miast polskich wynosi 1435 mm, a jedynie w Łodzi, Bydgoszczy, Elblągu, Grudziądzu i Toruniu rozstaw torów wynosi 1000 mm. Ponieważ tylko w Łodzi i Bydgoszczy dokonano w ostatnich latach zakupu nowych tramwajów typu 122N, jedynie producent PESA może spełnić tak sformułowany zapis siwz. Ponadto, w ocenie odwołującego również zapis o wymaganym terminie dostawy nie przekraczającym 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, jest możliwy do spełnienia jedynie przez producenta, który wyprodukował w przeszłości identycznie taki sam pojazd.

Przewidziany przez zamawiającego termin jest nie możliwy do zachowania dla innych wykonawców, gdyż dostawa zamawianych pojazdów wymaga przeprowadzenia złożonych prac konstruktorskich i projektowych, a także czasem oczekiwania na dostawę głównych komponentów tramwaju, jak np. zestawy kołowe, który obecnie wynosi ok. 10 miesięcy. Termin realizacji został wskazany przez zamawiającego, jako jedno z kryteriów oceny ofert (obok ceny), co całkowicie dyskwalifikuje producentów, którzy nie wyprodukują tramwaju w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy. W praktyce, przyjmowany jest termin dostawy w wymiarze 16 miesięcy. W ocenie odwołującego, wskazane postanowienia siwz prowadzą do nadmiernego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym również wykluczają jego udział w postępowaniu, chociaż wykonał on wiele dostaw tramwajów i dysponuje zasobami ludzkimi oraz technologią pozwalającą na realizację zamówienia. Odwołujący wskazał na możliwość modyfikacji zapisów poprzez położenie nacisku na dostawy w sposób bardziej ogólny, w ramach słownika CPV lub oceniając technologie i zaplecze organizacyjno-maszynowe, nie ograniczając jednocześnie oferentów żądaniem wykazania identycznych (zawierających wszelkie cechy indywidualne) realizowanych dostaw w przeszłości. Wniósł o uwzględnienie odwołania i powtórzenie czynności ogłoszenia i publikacji siwz, z jednoczesną odpowiednią zamianą skarżonego postanowienia dotyczącego opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

W dniu 14 października 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron oraz uczestnika postępowania złożonych w pismach i ustnie na rozprawie do protokołu.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że

wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy zamawiający dokonując opisu sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 22.

W ocenie Izby, odwołujący uprawdopodobnił, iż zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, poprzez nieprecyzyjne określenie warunku udziału, mogące ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia.

W oparciu o treść ogłoszenia (pkt III.2.3) oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 10.2), Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w dostawie „co najmniej 5 sztuk tramwajów całkowicie niskopodłogowych w wersji odpowiadającej przedmiotowi zamówienia objętemu umową ramową”. Z przytoczonego postanowienia siwz, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie wynikało znaczenie, jakie odwołujący nadał temu postanowieniu, a mianowicie, iż za wersję odpowiadającą przedmiotowi zamówienia zamawiający uznał tramwaje wieloczlone, niskopodłogowe, przystosowane do eksploatacji po torach 1000 mm na terenie miasta Bydgoszczy. Zamawiający nie wyjaśniał spornego zapisu siwz. Postanowienia zamieszczone w ogłoszeniu oraz siwz dotyczące sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i samego warunku, nie mogą budzić wątpliwości i powinny w sposób jednoznaczny określać, czym zamawiający będzie się kierował przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, i jakie doświadczenie uzna za wystarczające. W ocenie Izby, wskazanie przy opisie sposobu oceny wiedzy i doświadczenia na „wersję odpowiadającą przedmiotowi zamówienia objętemu umową ramową” nie było jednoznaczne, a tym samym uniemożliwiłoby przeprowadzenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób przejrzysty w oparciu o jednoznaczne kryteria. Za niewystarczające dla ustalenia znaczenia określenia wskazującego na wersję odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, Izba uznała odwołanie się do nadanej przez zamawiającego nazwy zamówienia (pkt 3.1 siwz). Zamawiający winien kierować się istotnymi cechami technicznymi pojazdów, objętych dostawą, na które wskazał w załączniku nr 1 do siwz stanowiącym opis przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 6 listopada 2009 r. (sygn. akt XII Ga 340/09) Sąd Okręgowy w Krakowie wskazał, iż skoro przedmiot zamówienia w rozpoznawanej sprawie stanowiły tramwaje o określonych cechach technicznych (niskopodłogowe, przegubowe, zasilane prądem zmiennym), to niezbędną wiedzą i doświadczeniem potencjalnego wykonawcy, jest

wiedza i doświadczenie właśnie w produkcji takich tramwajów jak określone w zamówieniu. Izba w całości podziela prezentowane w wyroku stanowisko, jako odnoszące się również do przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w wymaganiach ogólnych określił cechy techniczne zamawianych pojazdów, takie jak przegubowe, wielocłonowe, niskopodłogowe, jednokierunkowe, z elektronicznym sterowaniem napędem wykorzystującym trójfazowe silniki asynchroniczne (pkt 1.4 załącznika nr 1 do siwz). Mając na uwadze konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu, jak również równego traktowania wykonawców, Izba uznała, iż zamawiający powinien doprecyzować, co rozumie za wersję tramwaju odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, tak aby umożliwić potencjalnym wykonawcom ocenę, czy spełniają oni warunek udziału w postępowaniu, jak również czy warunek ten nie narusza ich interesu w uzyskaniu zamówienia. W ocenie Izby znaczenie, jakie temu określeniu zamawiający nadał w oświadczeniu złożonym w trakcie rozprawy, zbieżne ze sposobem, w jaki odwołujący czytał postanowienie, prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia. Jako ograniczające zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Izba uznała przyjęcie, iż dla ustalenia, jako wersji tramwaju odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, decydująca jest szerokość rozstawu kół wózków umożliwiająca jazdę pojazdu po torach o szerokości 1000 mm. W ocenie Izby, parametr ten nie identyfikuje dostawy, jako odpowiadającej rodzajem przedmiotowi zamówienia, natomiast odnosi on się do charakterystyki sieci tramwajowej miasta Bydgoszczy, w której rozstaw toru wynosi 1000 +/- 2 mm. (załącznik nr 1 do siwz opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.2 Warunki eksploatacyjne). Zamawiający nie potrafił wskazać, w jaki sposób rozstaw szerokość wózka wpływa na ustalenie, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Również podnoszone przez odwołującego kwestie konstrukcyjne nie wskazywały, iż mają one znaczenie dla oceny doświadczenia i wiedzy wykonawcy, a jedynie pozwały na poczynienie ustalenia, iż zamawiane tramwaje wymagają przystosowania do istniejącej infrastruktury tramwajowej zamawiającego. Mając na uwadze okoliczność podnoszoną przez odwołującego oraz przystępującego po stronie zamawiającego, iż istnieją różne szerokości torowisk tramwajowych w Polsce, jak i na świecie, każdorazowe dostosowanie pojazdu do istniejącej infrastruktury decydowałoby o zmianie rodzaju tramwaju, co w ocenie Izby jest ustaleniem zbyt daleko idącym. W takiej sytuacji jedynie wykonawcy realizujący w okresie ostatnich trzech lat dostawy na rzecz zamawiających posiadających taką samą infrastrukturę torowisk (o szerokości 1 m) mogliby ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jak wynika z oświadczenia odwołującego, któremu nie zaprzeczali ani zamawiający ani przystępujący, jedyne dostawy, w okresie ostatnich trzech lat tramwajów przystosowanych do jazdy po torach 1000 mm na terenie Polski, realizowane były przez przystępującego do

postępowania odwoławczego. Nie można wykluczyć istnienia wykonawców, którzy realizowaliby dostawy tramwajów przystosowanych do jazdy po węższych torach (metrowych) na rzecz innych podmiotów zagranicznych, co jednak nie może uzasadniać twierdzenia o zachowaniu konkurencyjności prowadzonego postępowania. Również sam fakt zwrócenia się kilku podmiotów do zamawiającego o udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie potwierdza istnienia na rynku innych, poza przystępującym, podmiotów mogących wykazać się wykonanymi w okresie ostatnich trzech lat dostawami tramwajów przystosowanych do jazdy po torach 1000 mm. Przyjęcie interpretacji opisu sposobu oceny, prezentowanej przez zamawiającego, prowadziłyby do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego z producentów tramwajów i ograniczenia dostępu do zamówienia innym podmiotom, które wykonywały dostawy odpowiadające przedmiotowemu zamówieniu, a tym samym ograniczałyby uczciwą konkurencję w postępowaniu.

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści siwz, poprzez doprecyzowanie znaczenia pojęcia użytego w opisie sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia - „wersja odpowiadająca przedmiotowi zamówienia objętemu umową ramową”. Jednocześnie Izba uznała za niedopuszczalne wskazywanie w opisie jedynie na dostawy tramwajów przystosowanych do jazdy po torach 1000 mm.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 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), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis.

Przewodniczący:

.....