

Sygn. akt: KIO/UZP 168 /10

WYROK
z dnia 22 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3** protestu z dnia 12 stycznia 2010 roku.

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt III.2.1.a.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V.1.a. tiret drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zastąpienie warunku o treści:

„o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania (data zamieszczenia Ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie

zamawiającego oraz na jego stronie internetowej), a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali i dostarczyli w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa fabrycznie nowe co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł każdy”.

warunkiem o treści:

„o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania (data zamieszczenia Ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej), a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali i dostarczyli w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł każdy”.

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3** na rzecz **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.
- 3) 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 **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Świętokrzyskie Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa 4 sztuk nowych, dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 361618-2009-PL z dnia 30 grudnia 2009 roku.

Odwołujący – Newag S.A. złożył protest a następnie odwołanie, wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z przepisami art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku - o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, w zakresie, w jakim warunek udziału w postępowaniu wyklucza możliwość uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotów, spełniających wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponujących potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które w terminie od 30 grudnia 2006 r. do 30 grudnia 2009 r. nie wykonały i nie dostarczyły w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa fabrycznie nowe co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto każdy pojazd.

Odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, określonego w określony w pkt III.2.1.a.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V.1.a tiret specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) i nadanie mu brzmienia:

„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy a) spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy: (...) 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania (...), a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali i dostarczyli w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe do przewozów pasażerskich z napędem elektrycznym z minimum 100 miejscami siedzącymi”.

Zamawiający wskazał, że ma prawo określić, jakiego doświadczenia będzie wymagał od Wykonawców biorących udział w postępowaniu, a tak postawiony wymóg ma zagwarantować zamawiającemu rzetelną realizację przedmiotu zamówienia. Warunek postawiony przez zamawiającego nie narusza zasad równego traktowania Wykonawców i zasad uczciwej konkurencji oraz zgodny jest z przepisami ustawy Pzp.

Warunek postawiony przez zamawiającego jest adekwatny do przedmiotu zamówienia co do rodzaju, wartości zamówienia i nie wykracza poza zakres zamówienia oraz ustawowe uprawnienia. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 4 sztuk nowych, dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem wykonania i dostarczenia co najmniej 2 sztuk co najmniej dwuczłonowych kolejowych pojazdów szynowych o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto każdy pojazd. Wartość zrealizowanych dostaw wymagana od potencjalnych wykonawców jest o połowę mniejsza niż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia obejmująca zakup 4 sztuk pojazdów szynowych. Zamawiający stawiając w/w warunek udziału w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji i nie narusza zasad równego traktowania Wykonawców, gdyż postawiony warunek został określony jednakowo dla wszystkich Wykonawców i jest on współmierny do rangi przedsięwzięcia. Nie chodzi tu o minimalne doświadczenie, lecz o wykazanie się przez Wykonawców posiadania doświadczenia w realizacji konkretnych zadań, jako pewnej umiejętności zdobytej i ugruntowanej w trakcie praktyki.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W pkt III.2.1.a.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V.1.a tiret drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że „o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy: (...) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania), a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali i dostarczyli w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa **fabrycznie nowe** co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym **o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł każdy**”.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 4 sztuk nowych, dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (dalej EZT) ze świadczeniem usług serwisowych, przeszkoleniem

pracowników w zakresie obsługi, utrzymania i napraw bieżących taboru, co wynika z pkt III. 1 siwz).

Wartość przedmiotu zamówienia została określona przez zamawiającego w oparciu o badanie rynku na kwotę 40 993 214, 75 zł netto (protokół ZP-1).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący jako podmiot, który kwestionuje warunki udziału w postępowaniu, które w jego ocenie, uniemożliwiają mu udział w przedmiotowym zamówieniu publicznym, legitymuje się interesem prawnym o jakim mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 grudnia 2009 roku tj. po dniu wejścia w życie przepisów nowelizujących ustawę prawo zamówień publicznych zatem do rozpatrzenia odwołania znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych po jej nowelizacji z dnia 5 listopada 2009 r. ogłoszonej w Dz. U. Nr 206, poz. 1591.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Celem określenia przez zamawiającego warunków wymaganego doświadczenia jest doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który będzie zdolny do wykonania zamówienia i daje rękojmię należytej jego realizacji. Swoboda zamawiającego w określeniu warunków udziału w postępowaniu jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji, a zatem zamawiający ma obowiązek takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, aby z jednej strony zapewnić należyłą realizację zamówienia, zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania a z drugiej nie dopuścić do ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu potencjalnych podmiotów, które są zdolne do realizacji zamówienia publicznego, jednak przez rygorystyczne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu nie mogą złożyć oferty.

W myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku 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 ze zm.) w celu potwierdzenia, opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o

udzielenie zamówienia odpowiadających swym rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymaga od wykonawców, biorących udział w postępowaniu wykazania się doświadczeniem w realizacji „fabrycznie nowych” EZT, wskazując że warunek ten jest zbieżny z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem oraz poglądami doktryny zamawiający może żądać doświadczenia w realizacji dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Przyjmuje się, iż dostawa tego samego rodzaju to dostawa o charakterze podobnym, zbliżonym a nie identycznym co przedmiot zamówienia. Brak definicji legalnej pojęcia „odpowiadające swoim rodzajem” stwarza wątpliwości interpretacyjne. W ocenie Izby zasadnym jest przyjęcie, że pojęcie „rodzaj” jest pojęciem o charakterze ogólnym i odnosić je należy do szeregu zamówień posiadających pewne cechy wspólne ale niekoniecznie identyczne z przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Izby, odwołujący w trakcie rozprawy skutecznie wykazał, że nie istnieją istotne różnice w realizacji dostaw elektrycznych zespołów trakcyjnych, które budowane są po części z podzespołów używanych, podlegających modernizacji a dostawie elektrycznych zespołów trakcyjnych, które powstały w całości z fabrycznie nowych podzespołów. W obu przypadkach budowa polega na wykonaniu podobnych czynności, tj. począwszy od zaprojektowania przez złożenie EZT z podzespołów aż po przeprowadzenie testów w celu uzyskania świadectwa dopuszczenia do ruchu typu. Elektryczne zespoły trakcyjne budowane w części z podzespołów używanych przechodzą, podobnie jak elektryczne zespoły trakcyjne fabrycznie nowe, etap testów i badań, efekt końcowy prac jest identyczny a jedyna różnica, jaką wskazywały strony na rozprawie, polega na rodzaju użytych do budowy podzespołów.

Izba nie neguje prawa zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia i wymogu dostarczenie w ramach jego realizacji nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, tj. EZT zbudowanych w całości z nowych podzespołów. Wskazuje jednak, że doświadczenie wykonawcy, który dostarczał elektryczne zespoły trakcyjne składające się w pewnej części w podzespołów używanych w niczym nie odbiega od doświadczenia wykonawcy budującego EZT wyłącznie z nowych podzespołów. Bez względu na techniczne różnice w konstruowaniu takich pojazdów, dostawy te z punktu widzenia ustawy prawo zamówień publicznych są dostawami o charakterze podobnym, wykazującym pewne cechy wspólne. W świetle powyższego należy uznać, że wykonawca legitymujący się doświadczeniem w dostawach EZT budowanych z używanych podzespołów posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, jakim jest dostawa nowych EZT.

Wobec powyższego tak określony warunek udziału w postępowaniu, sprowadzający się do eliminacji z postępowania podmiotów, które posiadają wystarczające doświadczenie w realizacji zamówień podobnych stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji.

Izba wskazuje ponadto na art. 34 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, stanowiącego, iż specyfikacje techniczne powinny umożliwiać równy dostęp dla oferenta i nie powinny tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję.

Odnosząc się do wymogu kwotowego określonego w warunku doświadczenia zawodowego, gdzie zamawiający wymagał wykazania się w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwoma fabrycznie nowymi co najmniej dwuczłonowymi kolejowymi pojazdami szynowymi z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł każdy, Izba uznała, że wymóg ten jest adekwatny do przedmiotu i odpowiedni do wartości przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku 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 ze zm.) w § 1 ust. 2 pkt 2 dopuszczają możliwość żądania wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swym rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie. Zatem żądanie wykreślenia wymogu dotyczącego wartości przedmiotu zamówienia i zastąpienie go, jak żąda tego odwołujący, wymogiem dotyczącym ilości miejsc siedzących (minimum 100 miejsc siedzących) nie znajduje oparcia w przepisach cytowanego rozporządzenia, które wprost dopuszcza możliwość żądania wykazania się dostawami „odpowiadającymi wartością” dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Izba ustaliła, że łączna wartość przedmiotu zamówienia polegająca na dostawie 4 nowych EZT wynosi 40 993 214, 75 zł netto, zatem wymóg dotyczący wykazania się dostawami co najmniej dwóch EZT o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto każdy jest niewygórowany, adekwatny i odpowiadający wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że oszacował wartość przedmiotu zamówienia w oparciu o rozeznanie rynku a także na podstawie otrzymanej m.in. od odwołującego wstępnej oferty cenowej, gdzie sam odwołujący podał cenę jednostkową za EZT w wysokości przekraczającej 10 000 000 zł brutto. (pismo od odwołującego w aktach sprawy).

Na marginesie należy wskazać również, że zamawiający żąda wykazania się dwoma „co najmniej dwuczłonowymi” kolejowymi pojazdami szynowymi z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł każdy, co oznacza że możliwe jest wykazanie się przez potencjalnych wykonawców również zamówieniami w zakresie dostaw trójczłonowych czy czteroczłonowych pojazdów szynowych, których cena jednostkowa z uwagi na nakład kosztów związanych z ich budową jest większa niż cena za pojazd dwuczłonowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu zmianę treści wymogu, określonego w pkt III.2.1.a.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V.1.a. tiret drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zastąpienie warunku o treści:

*„o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania (data zamieszczenia Ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej), a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali i dostarczyli w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa **fabrycznie nowe** co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł każdy”.*

warunkiem o treści:

„o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania (data zamieszczenia Ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej), a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali i dostarczyli w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł każdy”.

Z uwagi na to, że Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, orzeczono jak w sentencji stosownie do treści art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*