

Sygn. akt: KIO 1600/10

**WYROK**  
**z dnia 13 sierpnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw**  
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 lipca 2010 r. przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, al. Niepodległości 30**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956 r. nr.223/229** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Częstochowie.**

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie sp. z o.o., Aleja Niepodległości 30, 42-200 Częstochowa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest „Zakup składów tramwajowych dla potrzeb nowej linii tramwajowej w Częstochowie”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 140 216021 dnia 22 lipca 2010 r. („Ogłoszenie o zamówieniu”).

W dniu 29 lipca 2010 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (tak w odwołaniu) zostało wniesione odwołanie przez H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. Nr 223/229, 60-965 Poznań, od treści Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący zarzucał, iż wymagania zawarte w ppkt 2 pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w odpowiadającym mu ppkt 2 pkt V1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) naruszają art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, albowiem wyznaczone kryteria oceny wykonawcy nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i w nieuzasadniony sposób utrudniają uczciwą konkurencję, uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu większej liczbie wykonawców, w tym Odwołującemu, zdolnych do należytego wykonania zamówienia i posiadających niezbędną w tym celu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz dysponujących osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Postanowienia te naruszają także § 1 ust. 1 pkt 3 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817, z późn. zm.) (dalej jako „rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów”), ponieważ przy formułowaniu wymagań dotyczących wykazu wykonanych dostaw Zamawiający błędnie założył, że dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia konieczne jest potwierdzenie w wykazie wykonania w ciągu ostatnich trzech lat co najmniej trzech dostaw, których przedmiot stanowią tramwaje mające dokładnie te same cechy, co tramwaje będące przedmiotem Zamówienia, a nie jakiegokolwiek inne tramwaje przeznaczone do przewozu osób. Odwołujący wnosił o pozytywne rozpatrzenie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w taki sposób, aby treść ta nie naruszała wskazanych wyżej przepisów, tj. poprzez wprowadzenie określonych przez Odwołującego zmian w ppkt 2 pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w

odpowiadającym mu ppkt 2 pkt V1.2 SIWZ. Ewentualnie w przypadku uznania, iż wad Ogłoszenia o zamówieniu nie można poprawić na podstawie ustawy Pzp, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania. Nadto wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu. Kopia odwołania została Zamawiającemu przekazana w dniu 29 lipca 2010 r.

Uzasadniając zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w pkt I petitum odwołania, Odwołujący podnosił, iż już od ponad 87 lat jest cenionym producentem pojazdów szynowych, przeznaczonych poza polskim rynkiem również na rynki zagraniczne. Przez wspomniany wyżej okres Odwołujący częstokroć był pionierem w stosowaniu innowacyjnych technologii, wykorzystywanych następnie przez innych producentów w pojazdach szynowych, w tym w tramwajach, a także sam produkował tramwaje posiadające rozmaite, dostosowane do potrzeb konkretnych zamawiających, rozwiązania techniczne, w tym również tzw. niską podłogę oraz większą ilość członów - spełniające wymagania Zamawiającego określone w Ogłoszeniu o zamówieniu. I tak, w ciągu ostatnich lat, w okresie od 1999 r. do 2000 r., Odwołujący wyprodukował 60 sztuk całkowicie niskopodłogowych tramwajów doczepnych NB4 oraz 4NBWE dla firmy Bombardier Transportation, które jeżdżą obecnie ulicami Lipska i Rostoku w Niemczech. Następnie w 2007 r., w ramach zamówienia udzielonego przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., Odwołujący wyprodukował 30 jednoczłonowych, wysokopodłogowych tramwajów typu 123N, stanowiących obecnie jeden z podstawowych środków komunikacji miejskiej w Warszawie. Nadto, również w 2007 r., Odwołujący zaprojektował i wyprodukował nowoczesny niskopodłogowy, wieloczłonowy tramwaj „Puma” - kursujący dziś na linii numer 13 w Poznaniu. Mając na względzie powyższe, zdaniem Odwołującego, najmniejszych wątpliwości budzić nie może fakt, iż produkcja 7 tramwajów przegubowych, wieloczłonowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych, o pojemności minimum 200 pasażerów, długości zawartej w przedziale 28 000 mm do 32 000 mm oraz szerokości zawartej w przedziale 2 300 mm do 2 400 mm z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem elektronicznym nie przysporzy trudności producentowi pojazdów szynowych posiadającemu tak ogromne doświadczenie jak Odwołujący. Co więcej, Odwołujący, w świetle swoich dotychczasowych (i jedynie częściowo opisanych powyżej osiągnięć), a także wiedzy, potencjału technicznego oraz zespołu uzdolnionych ekspertów, daje pełną rękojmię wykonania zamówienia o bardzo wysokiej (ponadprzeciętnej) jakości. Powyższe jednak Zamawiający Odwołującemu uniemożliwił poprzez sformułowanie w pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu wymogu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia poprzez przedłożenie wykazu: *„wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw fabrycznie nowych tramwajów przegubowych, wieloczłonowych, niskopodłogowych,*

*jednokierunkowych z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem elektronicznym, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, wraz z załączeniem dokumentu (-ów) potwierdzającego (-ych), że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, sporządzony według załącznika nr 3 do formularza ofertowego. Wykaz ten powinien potwierdzać wykonanie dostawy co najmniej 3 fabrycznie nowych tramwajów przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych, z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem elektronicznym, z udziałem minimum 60 % niskiej podłogi".* Jak podnosił Odwołujący, wymóg przedłożenia wykazu o treści określonej w pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, którego brak zgodnie z pkt III.2.2) ppkt 2. Ogłoszenia o zamówieniu skutkować będzie wykluczeniem z postępowania, narusza zasadę uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mającą charakter nadrzędny w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wspomniana wyżej zasada nabiera szczególnego znaczenia właśnie przy ustalaniu przez zamawiających kryteriów oceny wymogów wiedzy i doświadczenia proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp), których spełnienie jest warunkiem ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia. Kryteria takie powinny być formułowane w sposób obiektywny i niedyskryminujący, który nie eliminuje z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, zdolnych do jego należytego wykonania. Na etapie określania omawianych kryteriów nie mogą mieć zatem miejsca próby zawężania przez zamawiającego grupy wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie wykonywać będzie wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji.

Na potwierdzenie powołanej wyżej argumentacji Odwołujący przytoczył następujące orzeczenia: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 sierpnia 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2034/05, gdzie wskazano, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi wtedy, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu ustalone zostają takie warunki podmiotowe, które ograniczają w nieuzasadniony sposób dostęp do zamówienia znacznemu gronu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 sierpnia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2255/06, którego to teza przewiduje, iż: „zgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp warunki udziału w postępowaniu nie mogą naruszać uczciwej konkurencji. Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu."

Odwołujący wskazywał, iż nie zważając na powyżej opisane standardy uczciwej

konkurencji, warunek udziału w postępowaniu wynikający z ppkt 2 pkt III.2.1) oraz pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu powoduje, że w ww postępowaniu uczestniczyć nie mogą w ogóle producenci, którzy w ostatnich trzech latach nie wykonali co najmniej trzech dostaw fabrycznie nowych tramwajów przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych, z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem elektronicznym, z udziałem minimum 60 % niskiej podłogi. Tak szczegółowe i wieloaspektowe określenie przez Zamawiającego wymogów co do dostarczanych dotychczas przez wykonawców tramwajów nie jest niezbędne, aby w sposób adekwatny ocenić doświadczenie wykonawcy, a co więcej brak dokładniejszej weryfikacji przez Zamawiającego innych elementów takich jak wiedza, potencjał techniczny oraz zespół ekspertów zdolnych do wykonania zamówienia, nie pozwala obiektywnie i w sposób niedyskryminujący wyłonić grupy wykonawców mogących zrealizować zamówienie w najlepszy sposób.

W tym stanie rzeczy, preferując wyłącznie tych wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat wyprodukowali tramwaje o cechach tożsamyh z przedmiotem zamówienia, Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), a w szczególności art. 15 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy. Zgodnie z treścią przedmiotowego przepisu, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku przez ich rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał określenia przedmiotowego kryterium oceny spełnienia wymogów udziału w postępowaniu przetargowym w oparciu o adekwatne i rzeczowo uzasadnione przesłanki, niesłusznie przyjął bowiem, iż technologia stosowana przy budowie tramwajów przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych, z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem elektronicznym różni się istotnie od technologii wykorzystywanej przy produkcji tramwajów posiadających inne cechy. Za naruszeniem przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, poprzez wyeliminowanie z postępowania szeregu wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, lecz nie mogących wykazać się w okresie ostatnich trzech lat realizacją trzech zadań tożsamyh z przedmiotem zamówienia, zdaniem Odwołującego, przemawia również wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1257/08, z którego uzasadnienia wynika, iż: *„powszechnie zostało przyjęte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że 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, jaką przedstawił na rozprawie Zamawiający powodowałaoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawcy poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców". Za uwzględnieniem niniejszego odwołania przemawia jednak przede wszystkim całkowite pominięcie przez Zamawiającego faktu, iż specyfiką produkcji oraz dostaw pojazdów szynowych jest wykonywanie zamówień konkretnych zamawiających w oparciu o wskazane przez nich wymagania techniczne oraz ilości zamówionych pojazdów. Ze względu na wartość przedmiotu zamówienia - jednego tramwaju, w zasadzie żaden producent tramwajów nie może sobie pozwolić na prezentację wszystkich możliwych konfiguracji tramwajów, których mógłby żądać zamawiający i ogranicza się jedynie do tworzenia prototypów, które odzwierciedlać mają faktyczne jego zdolności techniczne oraz potencjał. Świadczy to o tym, iż specyfiką tego rynku oraz zdolnością do realizacji w zasadzie każdego zamówienia nie może być wykazanie produkcji oraz dostaw konkretnych typów i rodzajów pojazdów szynowych, ale produkcja jako taka i jej wielkość oraz możliwość wykorzystywania żądanych przez zamawiającego technologii. Podkreślenia wymaga, iż prawidłowe formułowanie kryteriów oceny spełnienia wymogów udziału w postępowaniu, a więc w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, oznacza wyznaczenie pewnego jedynie minimalnego poziomu doświadczenia, który oczywiście powinien być uzależniony od przedmiotu zamówienia i jego wartości przy uwzględnieniu rynku właściwego. Biorąc pod uwagę specyfikę rynku produkcji oraz dostaw pojazdów szynowych - tramwajów w Polsce oraz w całej Unii Europejskiej, należy zaznaczyć, iż przeznaczona jest ona w całości na rynek publiczny. Przykładowo, w Polsce w ciągu jednego roku prowadzone są od 3 do 5 postępowań wyłącznie publicznych na dostawę tramwajów, z czego za każdym razem wymagania zamawiających są wysoce zindywidualizowane. Żądanie zatem posiadania doświadczenia w dostawach tramwajów konkretnych rodzajów, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do tych, którzy w ciągu trzech ostatnich lat dostarczali ten sam rodzaj tramwajów, niesłusznie pomijając pozostałych doświadczonych wykonawców produkujących w tym czasie tramwaje innych rodzajów. Specyfika tego rynku sprawia, iż producent pojazdów szynowych, który przez trzy lata z rzędu nie sprzeda określonego rodzaju pojazdu szynowego ma w zasadzie zamkniętą drogę do określonego rynku bowiem jego produkcja uzależniona jest tylko i wyłącznie od uzyskania zamówienia publicznego. Z uwagi na powyżej opisane uwarunkowania rynku tramwajów, żądanie posiadania doświadczenia w dostawach tramwajów tylko szczegółowo określonych rodzajów oraz wykazania się realizacją co najmniej trzech dostaw takich szczegółowo określonych tramwajów w ciągu ostatnich trzech lat, stanowi rażące ograniczenie konkurencji, które w nieuzasadniony sposób dyskwalifikuje wykonawców dostarczających w ciągu trzech ostatnich lat inny niż wskazany przez Zamawiającego rodzaj tramwajów. Brak uwzględnienia rynku właściwego przy określaniu warunków udziału w postępowaniu sprawił, iż Zamawiający formułując pkt

III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu niewłaściwie zastosował § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, niesłusznie przyjmując, iż dla spełniania warunku wiedzy i doświadczenia konieczne jest potwierdzenie w wykazie wykonania w ciągu ostatnich trzech lat co najmniej trzech dostaw, których przedmiot stanowią tramwaje mające dokładnie te same cechy, co tramwaje będące przedmiotem Zamówienia, a nie jakiegokolwiek inne tramwaje przeznaczone do przewozu osób. Zdaniem Odwołującego, wyjątkowo istotnym i wymagającym podkreślenia jest to, iż powyższa argumentacja znalazła całkowite potwierdzenie w kolejnych orzeczeniach wydanych w identycznych wręcz, co w niniejszej sprawie okolicznościach, a mianowicie:

- 1) w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1053/09, w uzasadnieniu, którego Izba wskazała: *„Zamawiający bezpodstawnie stwarza utrudnienia dostępu do rynku, dzieląc potencjalnych wykonawców na takich którzy mają doświadczenie w produkcji konkretnego typu tramwaju oraz na takich, którzy mają doświadczenie przy produkcji tramwajów - jako rodzaju dostaw, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, i dyskryminując tych ostatnich”;*
- 2) w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 275/09, wedle uzasadnienia którego: *„W ocenie Izby takie określenie warunków spowodowało wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają co prawda takiego doświadczenia, jakiego wymagał Zamawiający, niemniej jednak legitymują się doświadczeniem gwarantującym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowoczesnych pojazdów szynowych, nie mają kompetencji do produkcji nowoczesnych tramwajów, z udziałem niskiej podłogi w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”;*
- 3) w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt VIII Ga 58/09, w którym przyjęto, iż: *„nie jest uzasadniona argumentacja zamawiającego w tej części, w której sugeruje on, iż ma prawo do żądania udokumentowania przez wykonawców wykonania w okresie trzech lat poprzedzających wszczęcie postępowania przetargowego, dostaw pojazdów o parametrach analogicznych do będących przedmiotem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Argumentacja ta w niniejszej sprawie sprowadza się do przyjęcia, że tzw. tramwaje niskopodłogowe są na tyle specyficznymi produktami, iż zasadnym jest wyróżnienie rynku tych pojazdów i dla prawidłowego wykonania zamówienia nie będzie wystarczającym posiadanie przez wykonawcę doświadczenia i wiedzy dotyczących ogólnego rynku tramwajów. Abstrahując od oceny kwestii zasadności wyodrębnienia rynku tramwajów niskopodłogowych, stwierdzić należy, że przepisy prawa nie dają podstaw do ograniczenia udokumentowania doświadczenia i wiedzy w rozumieniu*

*normy art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez wykazanie wykonania dostaw produktu o konkretnych cechach";*

- 4) w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 27 maja 2010 r., sygn. akt X Ga 123/10, w którym podniesiono, iż: *„Nie można podzielić stanowiska skarżącego, że jedynie wykonanie przez wykonawcę pojazdu szynowego we wskazanym okresie o wartości i parametrach określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu świadczy o doświadczeniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Słusznie wskazywano przy tym w odpowiedzi na skargę, iż przy określeniu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający winien mieć na uwadze również cechy rynku, na którym będzie udzielać zamówienia. [...] W realiach niniejszej sprawy przyjęć zatem należało, iż żądane przez skarżącego doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do zamawiających (omyłka pisarska - chodzi o wykonawców, przp. aut) legitymujących się wcześniejszymi dostawami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia pod względem rodzaju, charakteru a nie tylko dostaw tożsamyh, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia ".*

Mając na względzie powyższe, Odwołujący podkreślał, że w zakresie dostaw odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia znajdować się będą dostawy tramwajów bez dodatkowej kwalifikacji w postaci niskiej podłogi, czy większej ilości członów. Wykonawca analizując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapoznaje się z konkretnym typem tramwaju, którego dostaw wymaga zamawiający, a składając ofertę w postępowaniu ma pełną tego świadomość, iż zamówienie musi zostać wykonane zgodnie z ww specyfikacją. W opinii Odwołującego z uwagi na arbitralne i nieobiektywne określenie jednego z warunków udziału w postępowaniu, nie będzie on miał możliwości w nim uczestniczyć, podobnie jak wielu innych producentów pojazdów szynowych, co nie tylko, jak wskazano wcześniej, stanowić będzie znaczne ograniczenie konkurencji, ale również może negatywnie wpłynąć na interes samego Zamawiającego - w postępowaniu bowiem złożonych zostanie mniej ofert, a więc i spektrum wyboru dokonywanego przez Zamawiającego będzie stosownie ograniczone, co może w rezultacie wpłynąć na nabycie przedmiotu zamówienia po cenach wyższych niż te jakie możliwe byłyby do uzyskania w przypadku odmiennego sformułowania warunku, o którym mowa w ppkt 2 pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe nie tylko nie będzie służyć interesowi Zamawiającego, ale sprawi, iż środki publiczne wydatkowane będą w sposób niecelowy i nieoszczędny, wbrew zasadzie uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Dnia 29 lipca 2010 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przekazując kopię odwołania. Ani w



ustawowym terminie do dnia 2 sierpnia 2010 r. ani do dnia posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

W dniu 10 sierpnia 2010 r. na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której nie uznał zasadności zarzutów Odwołującego. Wskazywał na błędne rozumienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, na który Odwołujący się powołuje. Zamawiający nie wymagał bowiem wykazania się trzema dostawami tramwajów, lecz dostawą trzech tramwajów w jednej lub kilku dostawach. Podkreślał swoje prawo do określania przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, przy czym okoliczność, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu, nie przesądza jeszcze, iż w postępowaniu naruszono zasady uczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 20 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 204/08, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 marca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-207/07). Zamawiający podkreślał, że obowiązek uwzględniania w określaniu warunków udziału w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może być uznany za nakaz dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty. Jednocześnie podkreślał, iż niezbędne jest wykazanie się doświadczeniem polegającym na należyście zrealizowanych zamówieniach. Powszechnie uznaje się, iż obowiązek żądania przez Zamawiającego wykazaniem się przez wykonawców doświadczeniem należy interpretować jako wymóg wykazania się umiejętnościami nabytymi w praktyce, a nie przeprowadzonym eksperymentem lub próbą. Podkreślał, że jedynym wymaganiem technicznym było, aby tramwaj był niskopodłogowy z udziałami minimum 60% niskiej podłogi. Wymóg ten Zamawiający nałożył ze względu na prowadzoną działalność świadczenia usług przewozowych w komunikacji zbiorowej tramwajowej. Umowa zawarta z Gminą Częstochowa zobowiązuje go do zapewnienia odpowiedniej jakości przewozów, na co składa się również ułatwienie i podniesienie bezpieczeństwa korzystania przez pasażerów ze świadczonych usług. W tym kontekście, zdaniem Zamawiającego, trudno uznać, aby warunek wykazania się doświadczeniem w dostawie tramwajów niskopodłogowych lub częściowo niskopodłogowych wykraczał poza przedmiot zamówienia. Ponadto na tym tle żądanie wykazania się doświadczeniem w dostawach, a nie opracowaniem prototypu czy posiadaniem technologii odpowiedniej do wykonania zamówienia w miejsce już zdobytego doświadczenia jest całkowicie zasadne i zgodne z przepisami prawa. W ocenie Zamawiającego postawiony warunek jest zgodny z dyspozycją art. 22 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Regulacja zawarta w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w swoim założeniu dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia, w związku z czym obowiązkiem

Zamawiającego było wskazanie zasad oceny spełniania tego warunku, a warunek o treści sformułowanej przez Zamawiającego prawidłowo wypełnia dyspozycję ustawową. Okoliczność, że Odwołujący warunku tego nie spełnia, nie może jeszcze świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego nie ogranicza on uczciwej konkurencji, ponieważ doświadczeniem w żądanym zakresie mogą wykazać się podmioty działające na rynku krajowym i europejskim. Zamawiający podkreślał, że doświadczenie nabyte przy dostawach tramwajów odpowiadających swoim rodzajem tramwajom objętym zamówieniem jest niezbędnym warunkiem mogącym zagwarantować, że w wymaganym czasie wykonawca jest w stanie dostarczyć zaprojektowane i wykonane tramwaje przegubowe, wieloczlónkowe, niskopodłogowe, jednokierunkowe z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem elektronicznym, które będą prawidłowo funkcjonowały w warunkach Częstochowy, zapewniając w szczególności prawidłową współpracę z torem i bezpieczeństwo podróżowania. Na Zamawiającym ciąży obowiązek ustalenia doświadczenia wykonawcy w tym zakresie z uwagi na postanowienia ustawy Pzp oraz bezpieczeństwo pasażerów. Ponadto postawiony przez Zamawiającego warunek nie zawęża grona wykonawców do jednego (wedle wiedzy Zamawiającego takich podmiotów jest co najmniej kilka), jak również Odwołujący nie wykazał, aby ww warunek ograniczał dostęp do ubiegania się znacznemu gronu mogącemu ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również wyjaśnienia i dokumenty złożone przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp. Odwołujący wprowadził błędnie adresata odwołania, tj. zamiast Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp) wskazał Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jednak Izba uznała przedmiotowy błąd za mylne oznaczenie odwołania, które nie stanowi przeszkody do jego rozpoznania (art. 187 ust. 3 zdanie ostatnie ustawy Pzp).

W ocenie Izby Odwołujący spełnił również wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów

ustawy Pzp. Jest producentem tramwajów zainteresowanym udziałem w postępowaniu, zaś warunki udziału ustalone przez Zamawiającego uniemożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu i złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Może on zatem ponieść szkodę, gdyż z uwagi na kwestionowane brzmienie warunków udziału w postępowaniu traci on możliwość uczestniczenia w postępowaniu oraz ewentualnego uzyskania zamówienia.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz w nieuzasadniony sposób utrudniają uczciwą konkurencję, uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu większej liczbie wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia i posiadających niezbędną w tym celu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz dysponujących osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Zarzucał także naruszenie § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów poprzez wymaganie wykazania się dostawami, których przedmiotem są tramwaje mające dokładnie te same cechy, co tramwaje będące przedmiotem zamówienia, a nie jakiegokolwiek tramwaje przeznaczone do przewozu osób. Odwołujący podkreślał, że powyższe nie uwzględnia specyfiki rynku sprzedaży tramwajów opartego o zamówienia publiczne, która to specyfika sprawia, że producent pojazdów szynowych, który przez trzy lata z rzędu nie sprzeda określonego rodzaju pojazdu szynowego ma w zasadzie zamkniętą drogę do określonego rynku, bowiem jego produkcja jest uzależniona tylko i wyłącznie od uzyskania zamówienia publicznego.

Na rozprawie Odwołujący dokonał modyfikacji zgłaszanego zarzutu, ograniczając go do kwestionowania cech tramwaju będącego przedmiotem dostaw żądanych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, a nie ich liczby, jak również sprostował, że warunek zawarty w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ w rzeczywistości nie dotyczył trzech dostaw tramwajów, a dostawy trzech tramwajów.

Uzasadniając zarzuty, Odwołujący wskazywał, że na skutek sposobu opisanego warunku przez Zamawiającego z postępowania zostały wyeliminowane wszystkie podmioty, które w okresie trzech ostatnich lat nie wykonały dostawy co najmniej trzech fabrycznie nowych tramwajów, przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych jednokierunkowych z napędem silnikami prądu zmiennego i sterowaniem elektronicznym, z udziałem minimum

60% niskiej podłogi. Zdaniem Odwołującego tak szczegółowe i wieloaspektowe określenie cech tramwajów nie jest niezbędne, aby w sposób adekwatny ocenić doświadczenie wykonawcy, a brak weryfikacji innych elementów takich jak wiedza, potencjał techniczny oraz zespół ekspertów zdolnych do wykonania zamówienia nie pozwala obiektywnie i w sposób niedyskryminujący wyłonić grupy wykonawców mogących zrealizować zamówienie w najlepszy sposób. W takim stanie faktycznym Odwołujący podnosił, że preferując wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat wyprodukowali tramwaje o cechach tożsamych z przedmiotem zamówienia dopuścił się naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności art. 15 ust. 1 pkt 3 utrudniając przedsiębiorcom dostęp do rynku przez ich rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający niesłusznie przyjął, iż technologia stosowana przy produkcji tramwajów określonych przez siebie w warunku różni się istotnie od technologii wykorzystywanej przy produkcji tramwajów posiadających inne cechy. Wskazywał na niedopuszczalność żądania, aby uczestnicy postępowania przetargowego wykazywali się na potwierdzenie spełnienia warunku dostawami tożsamymi z przedmiotem zamówienia. Zarzucał także nieuwzględnienie specyfiki rynku tramwajów, gdzie zamawiającymi są jedynie podmioty publiczne, liczba postępowań jest ograniczona, a żądanie posiadania doświadczenia w realizacji dostaw tramwajów określonego rodzaju prowadzi do ograniczenia konkurencji na tym rynku, ponieważ eliminuje producentów którzy w okresie trzech ostatnich lat dostarczali tramwaje innego rodzaju.

Zdaniem Izby zarzut naruszenia w/w przepisów nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim Izba pragnie podkreślić, że w odniesieniu do regulacji art. 22 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów zaszyły istotne zmiany, a orzecznictwo przywoływane na potwierdzenie stanowiska Odwołującego wydane zostało na gruncie regulacji w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją. Zgodnie z obecną treścią art. 22 ustawy Pzp o kształcie warunków udziału w postępowaniu decyduje zamawiający poprzez opis sposobu dokonywania ich oceny. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków (terminologia obecna) ma zatem na celu wypełnić konkretną treścią warunki wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym to zamawiający w oparciu o zasady wynikające z ustawy Pzp ustala, jakie warunki podmiotowe, włączając w to warunek wiedzy i doświadczenia, powinien spełniać wykonawca. Należy przy tym podkreślić, że zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania opisu wszystkich warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje nowy przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp przewidujący, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. O ile taki opis jest dokonywany przez zamawiającego, ma obowiązek go zamieścić już w ogłoszeniu o zamówieniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem opisu warunków podmiotowych jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie jest zatem zobowiązany do zapewnienia każdemu wykonawcy udziału w postępowaniu, o czym przesądza jednoznacznie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie takim, którzy dają odpowiedni poziom pewności co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Zmiana ustawy Pzp wyraźnie zatem podkreśliła kompetencję zamawiającego do kształtowania warunków udziału w postępowaniu. Swoboda zamawiającego nie jest oczywiście nieograniczona. Jej granice wyznaczają przepisy ustawy Pzp, w tym odnoszące się do zapewnienia uczciwej konkurencji i równości wykonawców. Poprzez opis warunków zamawiający nie może zatem doprowadzić do nieuzasadnionego i nadmiernego ograniczenia kręgu podmiotów mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia. W tym zakresie Izba wskazuje, że zmianie uległ także art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Poprzednio obowiązujący art. 22 ust. 2 ustawy Pzp przewidywał wyraźnie zakaz określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję. Obecnie miarodajny jest tu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przewidujący, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Należy także wskazać na brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który przewiduje, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków (tj. warunki szczegółowe określane przez zamawiającego) powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania zamawiającego przy dokonywaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy Pzp – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Opis ten nie powinien zatem w sposób nieuprawniony ograniczać uczciwej konkurencji, ale równocześnie zamawiający jest zobowiązany tak go skonstruować, aby zapewnić należyte wykonanie zobowiązania. Zamawiający jako finansujący zamówienie ma bowiem pełne prawo uwzględnić swoje zindywidualizowane potrzeby w takim zakresie, w jaki nie wpływa to na naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Przepis ten wyraźnie także odsyła do przedmiotu zamówienia rozumianego jako dane zamówienie, szczegółowo opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stawiane warunki powinny być zatem adekwatne do realizacji tego konkretnego zamówienia, mogą być natomiast ustalane w sposób szczegółowy, jeżeli jest to uzasadnione rodzajem zamówienia (tak wyrok KIO z dnia 30 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 338/10).

Uwzględniając powyższe rozważania w analizie niniejszej sprawy, Izba zauważa, że w jej ocenie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można zarzucić Zamawiającemu

naruszenia żadnego z powołanych przez Odwołującego przepisów. Należy także podkreślić, że z treści odwołania wynika, iż Odwołujący powoływał się na naruszenie art. 22 ust. 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przede wszystkim w kontekście naruszenia zasady uczciwej konkurencji wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Z odwołania oraz ze stanowiska przedstawionego na rozprawie wywieść można, iż naruszenia proporcjonalności do przedmiotu zamówienia wymaganej art. 22 ust. 4 ustawy Pzp Odwołujący upatruje w zbyt szczegółowym i wieloaspektowym określeniu przez Zamawiającego wymogów co do dostarczanych dotychczas tramwajów, które to wymagania wykraczają poza warunek niezbędności do adekwatnej oceny doświadczenia wykonawcy. Równocześnie Odwołujący zarzucił, że warunek został postawiony w taki sposób, iż Zamawiający żąda wykazania się zamówieniem tożsamym z obecnym przedmiotem zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu przedsiębiorcom dostępu do rynku przez ich rzeczowo niezasadnione zróżnicowane traktowanie. Czynności te świadczą zatem również o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku ze ścisłym powiązaniem w treści odwołania argumentacji odnośnie naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadnym jest zatem odniesienie się przez Izbę do zarzutów tych łącznie.

Jak było wskazane powyżej art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wymaga, aby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tego przepisu (w szczególności dotyczących wiedzy i doświadczenia) był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do tegoż przedmiotu zamówienia. Przez pojęcie „związany z przedmiotem zamówienia” rozumieć należy, iż opis warunków powinien być dokonywany *„przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia”* (opinia UZP [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Opis warunków udziału w postępowaniu dokonywany przez zamawiającego nie może zatem wykraczać poza ten cel. O naruszeniu w/w przepisu można mówić przykładowo w sytuacji, gdy zamawiający wymagać będzie w postępowaniu wiedzy i doświadczenia, które nie są potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia. Z kolei pojęcie „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, iż *„opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia”* (opinia UZP jak wyżej). Tym samym wykazanie nieproporcjonalności warunku winno polegać na wskazaniu na jego nieadekwatność, nadmierność w stosunku do przedmiotu danego zamówienia. Zamawiający musi więc określić poziom, od którego uzna doświadczenie wykonawcy za wystarczające dla prawidłowego wykonania zamówienia, zachowując właściwe proporcje do wielkości

zamówienia, czyli właściwy stosunek poziomu doświadczenia do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Z uwagi na okoliczność, iż przepis ten jest regulacją nową, którego praktyka stosowania dopiero będzie się tworzyć, warto powołać się na rozważania Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uchwale z 20 maja 2010 r. sygn. akt KIO/KU 34/10, będącej tym bardziej miarodajną, iż odnosi się do warunku wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do zamówienia na trolejbusy, a zatem również rynku o charakterze publicznym. W uchwale tej Izba, odwołując się do słownikowej definicji proporcji, wskazywała, że proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznaczałoby „mniej więcej taki sam” jak przedmiot zamówienia, jednocześnie „nie za duży, ale i nie za mały”. Ponadto Izba podkreślała, że badanie prawidłowości postawionego warunku odnosi się do konkretnych okoliczności i w nawet wydawałoby się identycznych okolicznościach może okazać się, że taki sam warunek może w jednym przypadku być uznany za nadmierny a w innym za prawidłowy, jeśli zamawiający potrafi w logiczny i akceptowalny sposób wyjaśnić przyczynę takiego właśnie jego określenia. Tym samym nawet żądanie wykazania się warunkiem tożsamym z przedmiotem zamówienia nie oznacza z góry, iż narusza on zasadę proporcjonalności. Warto także nadmienić, że przeprowadzając kontrolę w tej sprawie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zakwestionował jedynie liczbę dostarczonych trolejbusów żądaną na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, a nie sposób sprecyzowania warunku w zakresie cech trolejbusów (zamawiający żądał wykazania się dostawą trolejbusów całkowicie niskopodłogowych, produkowanych seryjnie, wyposażonych w napęd prądu przemiennego, w tym co najmniej 5 sztuk wyposażonych w napęd alternatywny, a nie jakichkolwiek trolejbusów).

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie warunek wiedzy i doświadczenia postawiony w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ nie narusza ani art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ani art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 7 sztuk fabrycznie nowych tramwajów przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych o pojemności minimum 200 pasażerów, długości w przedziale 28 000 mm do 32 000 mm oraz szerokości zawartej w przedziale 2 300 mm do 2 400 mm z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem elektronicznym wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym zajezdni, pakietem naprawczym, pakietem eksploatacyjno-naprawczym, szkoleniem pracowników zamawiającego w zakresie przeglądów, napraw obsługi technicznej i eksploatacji dostarczanych tramwajów oraz dostarczenie dokumentacji technicznej niezbędnej do eksploatacji ora napraw awaryjnych i wypadkowych tramwajów, natomiast Zamawiającego na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia żądał wykazania się

dostawą trzech fabrycznie nowych tramwajów, przegubowych, wielocłonowych niskopodłogowych, jednokierunkowych z napędem silnikami prądu zmiennego i sterowaniem elektronicznym z udziałem minimum 60% niskiej podłogi. Nie można zatem podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający wymagał realizacji zamówień tożsamy. Zgodnie z wykładnią gramatyczną przez pojęcie „tożsamy” należy rozumieć „niczym się nieróżniący, taki sam lub ten sam”, co wyklucza uznanie za „tożsamy” przedmiot zamówienia, który ma tylko kilka (lecz nie wszystkie) cech wspólnych. Przedmiotem zamówienia są tramwaje całkowicie niskopodłogowe, spełniające szczegółowo opisane w SIWZ cechy, podczas gdy możliwe było wykazywanie się doświadczeniem w dostawie również tramwajów częściowo niskopodłogowych, które nie musiały spełniać wszystkich wymogów opisanych w SIWZ. Nie można też podzielić stanowiska Odwołującego, że przedmiotem zamówienia są po prostu tramwaje pasażerskie i tylko tak postawiony warunek spełniał wymóg proporcjonalności i nienaruszania uczciwej konkurencji. Przedmiotem tego zamówienia są tramwaje o określonych w SIWZ cechach i cechy te mogą być brane pod uwagę przy określaniu warunków udziału w postępowaniu. Wynika to jednoznacznie z treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Jak było bowiem wskazane powyżej proporcjonalność warunku dotyczy konkretnego przedmiotu zamówienia, a granicą proporcjonalności warunku jest takie jego określenie, aby wyeliminować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia, przy równoczesnym respektowaniu zasad uczciwej konkurencji. Nie można w tym zakresie podzielić stanowiska Odwołującego, że w określaniu warunków udziału w postępowaniu konieczne jest uwzględnienie usytuowania danego przedmiotu zamówienia we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV), który nie wyróżnia tramwajów niskopodłogowych czy innych tramwajów o określonych cechach, lecz odwołuje się do pojęcia wozów tramwajowych. Wspólny Słownik Zamówień, w tym wskazane w nim nazwy i kody, stanowi jedynie klasyfikację statystyczną. Kod CPV służy wprawdzie do opisywania przedmiotu zamówienia, jednak nie determinuje prawa zamawiającego w zakresie określania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do opisanego przez siebie przedmiotu zamówienia. Podobnie regulacje branżowe zawarte w prawie o ruchu drogowym czy rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U. Nr 230, poz. 2301). Regulacje te zostały wydane dla innych celów, zawierają różne pojęcia i nie mogą być uznane za miarodajne w ocenie proporcjonalności postawionego warunku. Ponadto odwołania do tych regulacji w orzecznictwie powoływanym przez Odwołującego na poparcie swojego stanowiska odnosiły się do pojęcia dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia zawartego w poprzednio obowiązującym §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.), który w istotny sposób wpływał na sposób określenia przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia. Przepis ten został uchylony, obecnie obowiązujące rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów nie zawiera jego odpowiednika, tym samym ocena dopuszczalnego sposobu sformułowania szczegółowego warunku wiedzy i doświadczenia opiera się przede wszystkim na regulacji zawartej w art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem proporcjonalności do przedmiotu zamówienia i zakazie naruszania uczciwej konkurencji. Uznać zatem należy, iż Zamawiający nie naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ warunek, jaki sformułował należy uznać za proporcjonalny (adekwatny) do przedmiotu zamówienia: żądał wykazania się dostawą trzech tramwajów (przedmiot zamówienia obejmował siedem), a cechy tramwajów odpowiadały przedmiotowi zamówienia, przy czym odnosiły się one do pewnych cech rodzajowych (przegubowość, liczba członów, niska podłoga), a nie do ściśle opisanych w SIWZ (nie były tożsame z przedmiotem zamówienia).

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, podnosił, że w jego ocenie jedynie określenie warunków udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym rozumianym przez dostawę jakichkolwiek tramwajów pasażerskich spełnia warunek zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Odwoływanie się do określonych cech tramwajów stanowić będzie już warunek nadmierny, ponieważ nie ma istotnej różnicy w produkcji tramwajów niskopodłogowych i wysokopodłogowych, a ponadto ze specyfiki rynku tramwajów jako rynku publicznego wynika, iż żądanie posiadania doświadczenia w dostawach tramwajów konkretnych rodzajów ogranicza krąg potencjalnych oferentów do tych, którzy w ciągu ostatnich trzech lat dostarczali ten sam rodzaj tramwajów, podczas gdy krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia jest znacznie szerszy. Izba zauważa, że na podstawie ustawy Pzp oraz rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów weryfikacja warunku wiedzy i doświadczenia następuje w oparciu o dotychczas zrealizowane zamówienia na podstawie wykazów dostaw. Przedmiotem weryfikacji nie jest tu zatem możliwość czy potencjalna zdolność do wykonania zamówienia, lecz wykazanie się praktycznym doświadczeniem, w tym przypadku w dostawie tramwajów o cechach takich, jak objęte przedmiotem zamówienia. Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny

warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności postawionego warunku, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podnosił, że okoliczność, iż tak ukształtowany warunek nie narusza uczciwej konkurencji potwierdza także to, że w Polsce kilku producentów spełnia ten warunek, a w Europie kilkudziesięciu. Odwołujący ani nie zaprzeczył powyższemu stanowisku, ani nie przedstawił dowodu przeciwnego, skupiając się na wykazywaniu, że producent o jego doświadczeniu może wyprodukować każdy rodzaj tramwaju wymagany przez Zamawiającego, co nie było jednak przedmiotem sporu ani nie stanowiło okoliczności istotnej w niniejszej sprawie. Należy zatem uznać, że jest więcej niż jeden podmiot spełniający powyższy warunek. Warunek nie wskazuje zatem na określonego producenta czy konkretny produkt, a zasada uczciwej konkurencji nie nakłada na Zamawiającego obowiązku zapewnienia uczestnictwa w postępowaniu wszystkim producentom. Należy także zgodzić się z Zamawiającym, iż Odwołujący nie wykazał, jakim innym uczestnikom rynku, poza Odwołującym, wspomniany wyżej warunek ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu. Ponadto sam fakt, że rynek dostaw tramwajów ma charakter publiczny i dotyczy produktów zindywidualizowanych nie uchyla ani nie ogranicza uprawnienia Zamawiającego do żądania wykazania się doświadczeniem w realizacji dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Warunek wiedzy i doświadczenia ma bowiem za zadanie weryfikację nie tylko posiadania niezbędnej wiedzy technicznej, ale również umiejętności rozwiązywania problemów pojawiających się na poszczególnych etapach realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu chodzi o dostawę sprawdzonych, zapewniających odpowiedni poziom bezpieczeństwa, wypróbowanych w ruchu miejskim nowoczesnych tramwajów niskopodłogowych, a obowiązkiem Zamawiającego jest takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, aby zminimalizować ryzyko wykonania zamówienia niezgodnie z tymi założeniami. W związku z powyższym bez wpływu na ocenę Izby pozostaje przedłożona przez Odwołującego opinia techniczna o zdolności i kompetencji Odwołującego do budowy tramwajów niskopodłogowych z dnia 19 lutego 2009 r. sporządzona przez dr hab. inż. Franciszka T. oraz prof. dr hab. inż. Jerzego M. z Instytutu Silników Spalinowych i Transportu Politechniki Poznańskiej na potwierdzenie jego zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz wskazująca na brak istotnych różnic w procesie

produkcyjnym tramwajów niskopodłogowych i wysokopodłogowych, którą Izba jako stanowiącą dokument prywatny uznała za dodatkową argumentację strony. Okoliczność ta, w ocenie Izby, nie miała znaczenia dla prawidłowego rozstrzygnięcia przez Izbę, ponieważ kwestią sporną był sposób sformułowania warunku wiedzy i doświadczenia, a nie czy Odwołujący czy inni producenci tramwajów wysokopodłogowych są potencjalnie zdolni do wykonania przedmiotu zamówienia. Izba ponownie podkreśla, że warunek wiedzy i doświadczenia nie dotyczy bowiem potencjału czy zdolności wykonania zamówienia, lecz wiedzy i doświadczenia nabytych w praktyce i potwierdzonych wykonanymi dostawami. Warunek wiedzy i doświadczenia odnoszący się do wyprodukowanych już tramwajów o cechach odpowiadających przedmiotowi zamówienia w najbardziej prosty i miarodajny sposób wskazuje, czy istnieje wysokie prawdopodobieństwo osiągnięcia zamierzonego efektu w postaci prawidłowej realizacji zamówienia. Nie bez powodu warunek „doświadczenia” jest jednym z najczęściej stawianych warunków przez zamawiających. Ponadto przyjęcie, że zamawiający, który zamawia tramwaje posiadające określone cechy może jedynie wymagać doświadczenia w faktycznie zrealizowanych dostawach jakichkolwiek tramwajów, również takich, które tych cech nie posiadają oznacza nieuzasadnione całkowite przesunięcie na zamawiającego ryzyka wyboru kontrahenta, który nie może wykazać się praktyką w realizacji zamówienia takiego, jak objęte przedmiotem zamówienia, a tym samym ryzyka nieprawidłowego wykonania zamówienia. Zamawiający może wówczas narazić się na zarzuty w zakresie niezapewnienia należytej staranności w wydatkowaniu środków publicznych. Przesuwa też ocenę warunku wiedzy i doświadczenia w stronę odrębnego warunku, jakim jest potencjał techniczny czy dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, których weryfikacja może przekraczać kompetencje Zamawiającego. Ponadto Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty wspólnej przez wykonawców, jak i polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tym samym wykonawca, który samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu mógł z przedmiotowych regulacji skorzystać.

Nie można zgodzić się również z zarzutem iż Zamawiający pominął warunki dotyczące potencjału technicznego oraz zespołu ekspertów do wykonania zamówienia – należy podkreślić że zamawiający nie ma obowiązku dokonywać opisu każdego z warunków wskazanych z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto może on nie posiadać wystarczającej wiedzy na temat procesu produkcyjnego tak, aby prawidłowo postawić i ocenić warunki w tym zakresie.

Z powyższego wynika, że nie można zarzucić Zamawiającemu, aby opisując warunek wiedzy i doświadczenia naruszył art. 22 ust. 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 ani art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp, jak również wskazaną w odwołaniu regulację ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo można wskazać, iż orzecznictwo, na które powoływał się Odwołujący, argumentując, że w niemal identycznych stanach faktycznych uznawano, że warunek postawiony w sposób taki, jak uczynił to Zamawiający, za naruszający uczciwą konkurencję, nie jest jednolite i zapadały także orzeczenia (na gruncie poprzednio obowiązującej regulacji), uznające prawo zamawiającego do określania warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie dostawy tramwajów o określonych cechach (m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 6 listopada 2009 r. sygn. akt XII Ga 340/09, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 maja 2009 r. sygn. akt XII Ga 143/09).

W związku z okolicznością, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 ani art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać, że Odwołujący nie wykazał także naruszenia § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów. W odwołaniu podnosił bowiem, jak również potwierdził ten pogląd na rozprawie, że Zamawiający naruszył wskazany w tym przepisie wymóg niezbędności wykazu do wykazania się spełnieniem warunku wiedzy i doświadczenia. W uzasadnieniu tego zarzutu podnosił, że Zamawiający w sposób nieuprawniony żądał wykazania się dostawami o takich samych cechach, podczas gdy dostawami odpowiadającymi rodzajowo przedmiotowi zamówienia będą dostawy tramwajów bez dodatkowych kwalifikacji. Ponadto naruszenia powyższego przepisu upatrywał w nieuwzględnieniu specyfiki rynku dostaw tramwajów jako rynku wyłącznie publicznego, gdzie niewykonanie zamówienia na określony typ tramwaju w ciągu trzech lat prowadzi do eliminacji danego podmiotu z rynku. Należy podkreślić, iż obecnie brzmienie § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów nie posługuje się już sformułowaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Obecnie w przepisie tym przewidziano możliwość żądania wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (opisanego przez zamawiającego) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przepis ten nie odwołuje się już zatem do wykazu dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, jak przewidywał §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.). Jako regulacja nowa na obecnym etapie trudno ocenić jak kształtować się będzie praktyka jej stosowania, jednak z literalnego brzmienia wynika, iż dotyczy on wyłącznie treści (zawartości) samego wykazu, tj. zamawiający, ustalając treść, zakres czy inne elementy tegoż wykazu, nie może wykraczać poza postawiony warunek. Nie może zatem od wykonawców żądać dokumentów, które nie spełniają kryterium niezbędności dla wykazania spełnienia warunku. Oddzielony został zatem opis samego warunku przez zamawiającego od dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia tegoż warunku. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym §1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia wpływał w istotny sposób na treść samego warunku, zaś obecnie wydaje się, iż brak takiej zależności, a regulacja w tym zakresie zawarta jest w odpowiednich przepisach ustawy Pzp (przede wszystkim art. 22 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Należy wskazać, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający połączył opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (a zatem ustanawiany przez siebie warunek szczegółowy w tym zakresie – wykazanie się dostawami trzech tramwajów o określonych przez Zamawiającego cechach) z określeniem dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełnienia tegoż szczegółowego warunku (wykaz dostaw). Wprawdzie z punktu widzenia poprawności formalnej rozwiązanie to nie wydaje się właściwe, jednak pozostaje bez wpływu na skuteczność sformułowanego przez Zamawiającego szczegółowego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący nie miał bowiem jakichkolwiek wątpliwości, jakim szczegółowym doświadczeniem winien się legitymować wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu i jaki dokument winien złożyć na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Na żadnym etapie postępowania nie było to też przez niego kwestionowane. Należy podkreślić, iż regulacje w tym zakresie zostały w istotny sposób znowelizowane i zamawiający dopiero wypracowują praktyczne standardy ich stosowania. Treść żądanego wykazu odpowiada treści postawionego warunku i nie zawiera elementów wykraczających poza dozwolone przepisem § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, stąd postawiony zarzut naruszenia tego przepisu jest niezasadny.

W związku z brakiem stwierdzenia zarzucanych naruszeń na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 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:**

.....