

**WYROK**

**z dnia 10 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2011 r. przez wykonawcę „PIMCO” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-815 Warszawa, ul. Żołyń 63 w postępowaniu prowadzonym przez Port Lotniczy Lublin S.A. w Lublinie, 20-008 Lublin, ul. Hempla 6,

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę: treści ogłoszenia o zamówieniu w punkcie III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób: „Wykonawca musi wykazać się, że w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania (a jeżeli okres ten jest krótszy – w tym okresie) zrealizował należycie:**

- a) co najmniej jedną dostawę samochodu ratowniczo - gaśniczego szybkiej interwencji 4x4,**
- b) co najmniej jedną dostawę samochodu ratowniczo-gaśniczego ciężkiego 6x6”,**

**oraz treści SIWZ w punkcie 7.4. a) i b) poprzez określenie sposobu oceny spełniania warunku w następujący sposób: „Jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy: w zakresie warunku określonego w pkt 7.1.2. wykażą wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres jest krótszy – w tym okresie) należycie a) co najmniej jedną dostawę samochodu ratowniczo-gaśniczego szybkiej interwencji 4x4; b) co najmniej jedną dostawę samochodu ratowniczo-gaśniczego ciężkiego 6x6”;**

2.kosztami postępowania obciąża **Port Lotniczy Lublin S.A. w Lublinie, 20-008 Lublin, ul. Hempla 6** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„PIMCO” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-815 Warszawa, ul. Żoły 63** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Portu Lotniczego Lublin S.A. w Lublinie, 20-008 Lublin, ul. Hempla 6** na rzecz wykonawcy **„PIMCO” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-815 Warszawa, ul. Żoły 63** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Port Lotniczy Lublin S.A. w Lublinie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę dwóch fabrycznie nowych samochodów ratowniczo-gaśniczych dla Lotniskowej Służby Ratowniczo-Gaśniczej: 1 szt. samochód szybkiej interwencji z napędem 4x4, 1 szt. samochód ciężki z napędem 6x6”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 października 2011 r., nr 2011/S 204-332661.

W dniu 28 października 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca „PIMCO” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 28 października 2011 r.) od niezgodnej z przepisami art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu oceny ww. warunków w sposób naruszający zasady równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji wykonawców oraz nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, poprzez uzależnienie wzięcia udziału w postępowaniu od należytego zrealizowania w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania (jeżeli ten okres jest krótszy – w tym okresie) co najmniej dwóch dostaw samochodu ratowniczo - gaśniczego szybkiej interwencji 4x4 oraz co najmniej dwóch dostaw samochodu ratowniczo - gaśniczego ciężkiego 6x6.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowienia III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia 7.4.a) i b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, na postanowienia o poniższej treści:

1. III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu: 1. Wykonawca musi wykazać się, że w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania (a jeżeli okres jest krótszy – w tym okresie) zrealizował należycie:
  - c) co najmniej jedną dostawę samochodu ratowniczo - gaśniczego szybkiej interwencji 4x4,
  - d) co najmniej jedną dostawę samochodu ratowniczo - gaśniczego ciężkiego 6x6,
2. 7.4.a) i b) SIWZ: Jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy: w zakresie warunku

określonego w pkt 7.1.2. wykażą wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli okres jest krótszy – w tym okresie) należycie a) co najmniej jednej dostawy samochodu ratowniczo-gaśniczego szybkiej interwencji 4x4; b) co najmniej jednej dostawy samochodu ratowniczo-gaśniczego ciężkiego 6x6, jak również zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż takie sformułowanie kwestionowanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają obowiązek Zamawiającego przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a sposób oceny ich spełnienia jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Brak jest więc okoliczności, które przemawiałyby za tym, aby dla ochrony interesu Zamawiającego niezbędne było ustalenie 2-krotnie większej liczby uprzednio wykonanych dostaw niż liczba zamawianych samochodów. Podmiot bowiem, który prawidłowo wykonał w przeszłości choćby jedną dostawę każdego z samochodów będących przedmiotem zamówienia, daje już gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia udzielanego przez Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówienie oraz SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu zamieścił postanowienie „Wykonawca musi wykazać się, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania (jeżeli ten okres jest krótszy – w tym okresie) zrealizował należycie:

- a) co najmniej 2 dostaw samochodu ratowniczo – gaśniczego szybkiej interwencji 4x4,
- b) co najmniej 2 dostaw samochodu ratowniczo – gaśniczego ciężkiego 6x6.

Ocena spełnienia tego warunku, według reguł spełnia/nie spełnia, dokonana zostanie na podstawie treści przedłożonego wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie. (...)

Nadto w rozdziale 7 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” pkt 7.4. zamieścił postanowienie „Jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy: w zakresie warunku określonego w pkt 7.1.2. wykażą wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (jeżeli ten okres jest krótszy – w tym okresie) należycie:

c) co najmniej dwóch dostaw samochodu ratowniczo – gaśniczego szybkiej interwencji 4x4,

d) co najmniej dwóch dostaw samochodu ratowniczo – gaśniczego ciężkiego 6x6.

Ocena spełnienia tego warunku, według reguł spełnia/nie spełnia, dokonana zostanie na podstawie treści przedłożonego wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie.”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 22 ust. 4 ustawy Pzp został wprowadzony nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U., Nr 206, poz. 1591), a celem jego wprowadzenia była realizacja wyrażonej w ustawie Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W myśl tego przepisu „opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, (...), powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie powinien więc naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. W myśl tego przepisu Zamawiający zobowiązany jest dokonać takiego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku, który określa go w sposób przekraczający jedynie pewne niezbędne minimum uzasadnione zarówno rodzajem, jak i zakresem przedmiotu zamówienia. A ponadto opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a więc adekwatny do osiągnięcia celu zamawiającego, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia

W niniejszym stanie faktycznym, co jest bezsporne, Zamawiający żądał wylegitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w dostawie takich samych samochodów (dwóch samochodów ratowniczo-gaśniczych szybkiej interwencji 4x4 i dwóch samochodów ratowniczo-gaśniczych ciężkich 6x6), na dostawę jakich prowadzi obecnie

postępowanie. Przedmiotem niniejszego zamówienia są dwa samochody (jeden samochód ratowniczo-gaśniczy szybkiej interwencji 4x4 i jeden samochód ratowniczo-gaśniczy ciężki 6x6), a więc takie same samochody, jakie wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia dostarczali w przeszłości. Istotę sporu stanowi kwestia proporcjonalności postawionych w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ wymogów dotyczących warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w tym konkretnym przypadku doświadczenia w realizacji tego typu dostaw, tj. ilości dostarczanych już przez danego wykonawcę samochodów w stosunku do ilości samochodów zamawianych. Punktem odniesienia dla dalszych rozważań będzie więc zakres, jak również stopień złożoności przedmiotu zamówienia (dostarczanych samochodów) oraz okoliczności jego realizacji.

Niewątpliwym jest, iż zarówno samochody ratowniczo - gaśnicze, które były dostarczane przez wykonawców na rzecz innych zamawiających, a wykazanie których stanowić będzie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jak i te które są przedmiotem niniejszego zamówienia są samochodami, które bezwzględnie musiały i muszą spełniać minimalne parametry charakterystyczne dla lotniskowych samochodów ratowniczo – gaśniczych, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 września 2005 r. w sprawie przygotowania lotnisk do sytuacji zagrożenia oraz lotniskowych służb ratowniczo – gaśniczych (Dz. U., Nr 197, poz. 1634). Nie jest bowiem możliwe dla tej kategorii zamawiających dostarczenie samochodu bądź samochodów ratowniczo – gaśniczych nie spełniających parametrów określonych w powołanym wyżej rozporządzeniu. Tak więc każdy dostarczany samochód jest samochodem, który musi spełniać te parametry, jak również jest samochodem o pewnym stopniu złożoności. Dlatego też jego dostawca musi posiadać pewną niezbędną wiedzę celem realizacji tego rodzaju zamówienia, jednak co należy podkreślić, zarówno już dostarczony samochód, jak i samochód, który dopiero będzie dostarczony, jest samochodem o ściśle określonych parametrach minimalnych. Istotnie jest to samochód dostarczany na konkretne zamówienie i rzeczywiście pod to konkretne zamówienie realizowany. Niemniej jednak, nawet mimo pewnej jego złożoności, dostawa już jednego takiego samochodu, w sytuacji gdy zamawiany jest samochód określonego typu i wykazać się należy realizacją dostawy samochodu tego właśnie typu, daje już rękojmię wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłową realizację zamówienia. Stanowisko przeciwne, w sposób nieuprawniony, powodowałoby i niewątpliwie powoduje wyeliminowanie z tego i nie tylko tego postępowania wyłącznie tych wykonawców, którzy takich dostaw (dwóch samochodów ratowniczo-gaśniczych szybkiej interwencji 4x4 i dwóch samochodów ratowniczo-gaśniczych ciężkich 6x6) nie realizowali. Rynek dostawców tego rodzaju samochodów jest bardzo wąski. Takie określenie warunku, jak uczynił to Zamawiający, prowadzi więc w istocie do zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o

zamówienie, w tym posiadających doświadczenie w realizacji tego typu dostaw, a co niewątpliwie ma bezpośrednie wpływ na zachowanie konkurencji. Wykonawca, który dostarczył już choćby jeden tego typu samochód ma już doświadczenie w realizacji tego typu dostaw. Istotnie ważnym jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym ta równowaga została zachwiana, poprzez nieproporcjonalny opis warunku, powodujący uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie i dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji. Dlatego też tego rodzaju działanie należy uznać za niedopuszczalne.

Nie znajduje także żadnego uzasadnienia odwoływanie się przez Zamawiającego do jego specyfikacji (budowy od podstaw Portu Lotniczego Lublin S.A. w Lublinie), gdyż przedmiotem zamówienia jest nie robota budowlana lecz dostawa, dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych (jednego samochodu ratowniczo-gaśniczego szybkiej interwencji 4x4 i jednego samochodu ratowniczo-gaśniczego ciężkiego 6x6) o parametrach zgodnych z cytowanym już rozporządzeniem. Ilość samochodów dostarczanych wcześniej przez wykonawcę, a mających stanowić podstawę do uznania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie pozostaje również w związku z Certyfikatem Urzędu Lotnictwa Cywilnego, o który to ubiegać się będzie Zamawiający. Dla jego uzyskania koniecznym jest posiadanie ściśle określonych samochodów ratowniczo – gaśniczych, które są przedmiotem niniejszego postępowania, a nie doświadczenie posiadane przez konkretnych wykonawców w dostawach tego typu samochodów.

Na uwzględnienie nie zasługuje także podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż wykonawca prowadzący działalność wielobranżową, który incydentalnie dostarcza tego rodzaju samochody, nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Na tak wąskim rynku dostawców samochodów ratowniczo – gaśniczych nawet taka incydentalna dostawa, nie może eliminować wykonawcy z kręgu potencjalnych wykonawców, a wielość dostaw konkretnych samochodów (w tym przypadku żądano po dwie dostawy dla każdego z typu zamawianych samochodów) nie stanowi pewności ich bezawaryjności, a tym bardziej nie stanowi o ich większej jakości.

Tak więc takie określenie warunku, jak uczynił to Zamawiający, doprowadziło w istocie do zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym na zachowanie konkurencji. Warunek, jak i sposób jego spełnienia został bowiem tak ukształtowany aby ograniczyć liczbę wykonawców mogących się ubiegać o przedmiotowe zamówienie. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....