

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez **Centrum Badawczo-Rozwojowe Autocomp Management Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Transportu Samochodowego w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Instytutowi Transportu Samochodowego w Warszawie** – dokonanie modyfikacji pkt. 5 pkt. II specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt. III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie im brzmienia:

Ocena spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie dokonana na podstawie kryterium wykonania co najmniej 2 dostaw symulatorów jazdy o wartości co najmniej 140 000 zł za każdą dostawę.

2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Transportu Samochodowego w Warszawie**
i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Centrum Badawczo-Rozwojowe Autocomp Management Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Instytutu Transportu Samochodowego w Warszawie** na rzecz **Centrum Badawczo-Rozwojowego Autocomp Management Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** kwotę **12 273 zł 52 gr** (słownie: dwanaście tysięcy dwieście siedemdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Transprotu Samochodowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę symulatora stanowiska kierowcy do badania możliwości prowadzenia samochodu przez osobę niepełnosprawną ruchowo.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 26 lipca 2013 roku wykonawca Centrum Badawczo-Rozwojowe Autocomp Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na dokonaniu opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 22 ust.1 pkt w zw. z art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia w sposób niejasny, niejednoznaczny, ograniczający uczciwą konkurencję i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołująca wniosła o:

- 1) nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji pkt. 5 pkt. II specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt. III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie im brzmienia: *Ocena spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie dokonana na podstawie kryterium wykonania co najmniej 2 dostaw symulatorów jazdy o wartości co najmniej 140 000 zł za każdą dostawę.*
- 2) Przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania;
- 3) Przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność: a) stopnia skomplikowania symulatora pojazdu dla niepełnosprawnych ruchowo w stosunku do innych symulatorów pojazdów kołowych; b) możliwości wykonania symulatora pojazdu dla niepełnosprawnych ruchowo przez wykonawcę, który realizował inne symulatory pojazdów;

W uzasadnieniu odwołująca podniosła, że w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamawiający dokonał opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia wykonawców wskazując, że wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3-ciu lat przed upływem terminu składania

ofert wykonał co najmniej 2 dostawy stanowisk do badania możliwości prowadzenia samochodu przez osobę niepełnosprawną ruchowo o wartości co najmniej 140 000 zł za każdą dostawę. Analogiczny opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia został zamieszczony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższy opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu został sformułowany z naruszeniem art. 7 ust. 1, tj. w sposób ograniczający uczciwą konkurencję. Zamawiający wymaga, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu najmniej 2 dostaw stanowisk do badania możliwości prowadzenia samochodu przez osobę niepełnosprawną ruchowo o wartości co najmniej 140 000 zł za każdą dostawę. Wymóg powyższy stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Symulator kierowania pojazdem kołowym przez niepełnosprawnego jest tylko jednym z wariantów symulatora kierowania pojazdem kołowym tak jak np. symulator samochodu osobowego, ciężarowego, autobusu itp. Każdy symulator, w tym symulator pojazdu dla niepełnosprawnych ruchowo, składa się z identycznych modułów programowych jak np. ruch drogowy, symulacja otoczenia, dynamika pojazdu, moduł interfejsów do programowych symulujących działanie elementów sterujących i innych pojazdu. Symulator pojazdu dla niepełnosprawnego ruchowo jest typowym symulatorem jazdy pojazdem kołowym jedynie z dodaną funkcjonalnością umożliwiającą niepełnosprawnemu kierowanie pojazdem, a więc jest tylko szczególnym przypadkiem symulatora samochodowego z dodanymi elementami mechanicznymi, które są ogólnodostępne na rynku. Odwołująca dodała, iż nie chodzi w tym przypadku o szczególną postać symulatora, który ma całkowicie inne cechy niż każdy symulator jazdy pojazdem kołowym, a jedynie symulator wzbogacony dodatkowe oprzyrządowanie sterowania symulatorem. Symulator jazdy pojazdem kierowanym przez niepełnosprawnego jest zatem takim samym symulatorem jazdy, jak symulator jazdy pojazdem kierowanym przez osobę z pełną sprawnością ruchową, który został wyposażony w mechanizmy kierowania dla osoby niepełnosprawnej. Nie różni się on jednak w stosunku do innych symulatorów pojazdów kołowych. Tak opisany sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu powoduje, iż dodatkowy element sterowania nie przesądzający o funkcjonalności symulatora ma zdecydować o doświadczeniu wykonawcy i możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Przy tym jest to element wyposażenia niewielki kwotowo w stosunku do samego symulatora (wartość mniej niż 3% wartości symulatora) i nieskomplikowany mechanicznie w stosunku do precyzyjnego urządzenia jakim jest sam symulator.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia – zgodnie z pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) – jest sprzedaż dostarczenie, montaż, szkolenie, udzielenie gwarancji i uruchomienie symulatora stanowiska kierowcy do badania możliwości prowadzenia samochodu przez osobę niepełnosprawną ruchowo.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ symulator musi być wyposażony m.in. w ekran, który pozwala na stosowanie wizualnych bodźców wymuszających reakcje kierowcy oraz w stację roboczą służącą do obsługi programu do stymulacji i rejestracji wyników badań oraz drukowania raportów z badań. Ekran musi być zainstalowany w sposób pozwalający na regulację jego położenia w polu widzenia osoby badanej, co najmniej w zakresie jego oddalenia. Ekran powinien cechować się co najmniej 22” przekątną obrazu i rozdzielczością 1920x1080. Symulator musi być wyposażony w fotel kierowcy. Fotel powinien być jednym z oryginalnych, przeznaczonych do współcześnie produkowanych samochodów osobowych foteli kierowcy. Symulator musi być wyposażony w urządzenia sterownicze pozwalające na wykonywanie wszystkich czynności związanych z normalną jazdą samochodem, w tym co najmniej w tablicę rozdzielczą z prędkościomierzem i obrotomierzem, koło kierownicy, pedały przyspiesznika i hamulca, dźwignię zmiany biegów i układy dodatkowe – przełączniki i dźwignie przeznaczone do obsługi pozostałych urządzeń pojazdu, w tym co najmniej dźwignię kierunkowskazów, włącznik świateł i dźwignię hamulca pomocniczego. Symulator musi być wyposażony w zamiennik fotel, tj. stanowisko z możliwością prawidłowego montażu na nim wózka inwalidzkiego analogicznie jak w samochodach dla osób niepełnosprawnych.

Dostarczany symulator musi umożliwiać badanie reakcji osób z różnymi dysfunkcjami, tzn. Powinien być wyposażony w dodatkowe, równoważne urządzenia sterownicze dostosowane do różnych dysfunkcji człowieka., w tym:

- urządzenia w postaci pokręteł sterujących pozwalających na wykonywanie manewrów kołem kierownicy wyłącznie z użyciem jednej ręki (osobno rozwiązanie dla prawej i lewej ręki). Do urządzenia musi być dostarczony zestaw pokręteł;
- urządzenia pozwalające na precyzyjne sterowanie pedałem przyspiesznika i hamulca z użyciem wyłącznie lewej ręki;
- urządzenia pozwalające na precyzyjne sterowanie pedałem przyspiesznika i hamulca z użyciem wyłącznie prawej ręki.

Symulator (wraz z dostarczonym wyposażeniem) musi umożliwiać wykonywanie testów w celu oceny możliwości osoby badanej do prowadzenia pojazdu, w tym co najmniej:

- testu siły i precyzji naciskania na pedał przyspiesznika w funkcji czasu lub operowania innym (równoważnym) urządzeniem sterowniczym (w zależności od posiadanej dysfunkcji);

- testu siły naciskania na pedał hamulca w funkcji czasu lub operowania innym (równoważnym) urządzeniem sterowniczym (w zależności od posiadanej dysfunkcji);

- testu siły obrotu kierownicy osobno dla lewej i prawej ręki oraz dla obu rąk. Test powinien być przeprowadzany osobno dla obrotów w lewą i prawą stronę;

- testu zdolności do obrotu kierownicą w zakresie obrotów 900 stopni w lewo i 900 stopni w prawo. Test powinien umożliwiać ocenę zachowania płynności ruchu kierownicą oraz ocenę czasu wykonywania ruchu;

- testy czasu reakcji na bodźce dźwiękowe i świetlne oraz na bodźce świetlne „z wyborem”. Testy muszą uwzględniać pomiar czasu reakcji, czasu reakcji motorycznej i całkowitego czasu reakcji. Raporty z testów muszą uwzględniać co najmniej 10-cio krotne powtórzenie pomiaru reakcji

- testy widzenia peryferyjnego (pole widzenia) kierowcy co najmniej w zakresie 180 stopni w płaszczyźnie pionowej.

W pkt. III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych, oraz w pkt. 5 pkt. II SIWZ zamawiający dokonał opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia wykonawców wskazując, że wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3-ciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 2 dostawy stanowisk do badania możliwości prowadzenia samochodu przez osobę niepełnosprawną ruchowo o wartości co najmniej 140 000 zł za każdą dostawę.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołująca jest uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istota sporu dotyczyła sformułowanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wymogu, by wykonawca biorący udział w postępowaniu wykazał, iż zrealizował już dostawę 2 stanowisk analogicznych do przedmiotu zamówienia. Podczas rozprawy zamawiający dowodził, iż przedmiot zamówienia nie jest w istocie

symulatorem, lecz urządzeniem mającym badać możliwości prowadzenia samochodu przez osobę niepełnosprawną ruchowo.

Ze stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić. Symulator do nauki jazdy jest urządzeniem przeznaczonym co do zasady do szkolenia i doskonalenia umiejętności kierowców. Zdaniem Izby brak jest podstaw do twierdzenia, iż urządzenie, które nie służy do treningu, lecz do badania możliwości kierowcy do obsługi pojazdu już takim symulatorem nie jest. Każdy symulator – jak dowodziła odwołująca – składa się z identycznych modułów programowych, jak np. ruch drogowy, symulacja otoczenia, dynamika pojazdu, moduł interfejsów do programowych, symulujących działanie elementów sterujących i innych pojazdu.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia pozwala na wniosek, iż zamawiane urządzenie, z racji swoich właściwości technicznych, jest również rodzajem symulatora. Jak wskazano wyżej, wyposażone jest w najbardziej charakterystyczne elementy pojazdu, czyli fotel kierowcy, urządzenie sterownicze pozwalające na wykonywanie wszystkich czynności związanych z normalną jazdą samochodem, tj. tablicę rozdzielczą z prędkościomierzem i obrotomierzem, koło kierownicy, pedały hamulca i przyspiesznika, dźwignię zmiany biegów itp. Nie jest to typowy symulator jazdy samochodem, niemniej jednak nie pozbawia go to cech charakterystycznych dla symulatora. Zwrócić należy uwagę, iż na rynku istnieje wiele rodzajów symulatorów, począwszy od symulatorów samochodów osobowych, ciężarowych, poprzez symulatory autobusów, aż do bardzo wyspecjalizowanych symulatorów jazdy czołgiem i innych pojazdów wojskowych, symulatorów nawigacyjnych itp. Każdy z nich, z racji swego przeznaczenia, posiada cechy odróżniające go od pozostałych. Podobnie będzie w przypadku urządzenia będącego symulatorem stanowiska do badania możliwości prowadzenia samochodu przez osobę niepełnosprawną ruchowo. Urządzenie to będzie musiało – obok wyposażenia typowego dla samochodu osobowego – posiadać wyposażenie, których inne rodzaje symulatorów nie posiadają.

Zdaniem Izby wykonawca, który posiada doświadczenie w dostawach symulatorów jazdy różnego typu, będzie mógł wykonać przedmiot niniejszego zamówienia.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Z przepisem tym koresponduje przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 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), zgodnie z którym, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę

warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy, zamawiający żąda wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia 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.

Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Istotą przedmiotowego sporu jest istniejąca pomiędzy stronami rozbieżność, w jakim stopniu zakres wykazywanych przez wykonawcę dostaw ma pokrywać się z przedmiotem zamówienia, aby móc stwierdzić, że dany wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie umożliwiające mu wykonanie zamawianej usługi. Ustawodawca określił, iż wykazane usługi (dostawy) mają odznaczać się zakresem „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia”, a zatem – w celu rozstrzygnięcia sporu – należy dokonać wykładni określenia owego „niezbędnego zakresu”.

Wskazane wyżej rozporządzenie z dnia 30.12.2009 roku uchyliło rozporządzenie o identycznym tytule z dnia 19 maja 2006 roku (Dz. U. Nr 87, poz. 605), które w nieco odmienny sposób regulowało zakres usług niezbędnych do wykazania wiedzy i doświadczenia. W myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia z 2006 roku wykonawcy obowiązani byli bowiem do złożenia wykazu dostaw lub usług, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Na kanwie tego przepisu ugruntowało się stanowisko, iż określenie „odpowiadające rodzajem” nie oznacza, iż usługi (dostawy) wykazywane na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, muszą swym zakresem pokrywać się czy być tożsame z zakresem przedmiotu zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 listopada 2009 roku sygn. akt KIO

1379/09 przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie "odpowiadające rodzajem" (...). Zawarta w "Małym słowniku języka polskiego" pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa "rodzaj" jako "coś (ktoś) podobne do czego (kogo)". Tym samym przyjęć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko dostaw tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).

W ocenie Izby zmiana rozporządzenia poprzez odstąpienie od żądania wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu usług (dostaw) „odpowiadających rodzajem usługom (dostawom) stanowiącym przedmiot zamówienia” na rzecz usług (dostaw) o zakresie „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia” umożliwia udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego większej ilości wykonawców. „Niezbędny zakres” jest bowiem wyznacznikiem jeszcze szerszym aniżeli sformułowanie „usługi odpowiadające rodzajem”, wykazywane jako dowód posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Ustawa Pzp w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Analiza powyższego pozwala na przyjęcie, iż to do zamawiającego należy wybór, jakie warunki postawić wykonawcom, aby przekonać się, czy będą oni w stanie wykonać zamówienie. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarzstr. 113). Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, sam decyduje o "niezbędności" czy "dostateczności", o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia i z punktu widzenia zamawiającego. Zamawiający nie może jednakże naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza ich niezbędne minimum wymagane dla danego zamówienia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał zawężenia grona potencjalnych wykonawców wyłącznie do tych, którzy wykonali identyczny przedmiot zamówienia. Brak jest podstaw do uznania, że wykonawca posiadający doświadczenie z budowie symulatorów znacznie bardziej skomplikowanych, nie poradzi sobie z takim, jaki jest zamawiany w przedmiotowym postępowaniu. Niezasadnym jest bowiem przyjęcie, iż tylko wykonywanie dostaw o tożsamym bądź bardzo zbliżonym zakresie świadczy o tym, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie odpowiednie do zrealizowania zadania. Zdaniem Izby w tym zakresie należy przyznać rację odwołującej.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....