

Sygn. akt: KIO 2390/22

WYROK

z dnia 28 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka-Baran**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę **Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie zadania 2 oraz zadania 3 zmianę pkt 8.1.2.4 specyfikacji warunków zamówienia oraz pkt III.1.3 ogłoszenia

o zamówieniu i nadanie im następującego brzmienia:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał dla:

Zadania 2: co najmniej jedną usługę, obejmującą swoim zakresem wymianę wszystkich kół monoblokowych w co najmniej czterech elektrycznych zespołach trakcyjnych.

Zadania 3: co najmniej jedną usługę, obejmującą swoim zakresem wymianę wszystkich kół monoblokowych w co najmniej czterech elektrycznych zespołach trakcyjnych.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2.** zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Wymiana kół monoblokowych w zestawach kołowych pojazdów Spółki Koleje Dolnośląskie S.A. wraz z pracami dodatkowymi*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2022 r. pod numerem 2022/S 169-480225.

W dniu 12 września 2022 r. wykonawca Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dla zadania nr 2 i 3 w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wskazujący na konkretnego wykonawcę, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób określony w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 21 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 września 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wymiana kół monoblokowych w pojazdach Zamawiającego. Postępowanie zostało podzielone na trzy części, w tym: Zadanie 2 - Wymiana kół monoblokowych w zestawach kołowych elektrycznych zespołów trakcyjnych 45WE i 31WE wraz z pracami dodatkowymi. Zadanie 3 - Wymiana kół monoblokowych w zestawach kołowych elektrycznych zespołów trakcyjnych 31WE i 36 WEa wraz z pracami dodatkowymi.

Zamawiający w pkt 8.1.2.4 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, oraz III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu określił następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał dla:

Zadania 2: co najmniej jedną usługę, obejmującą swoim zakresem wymianę wszystkich kół monoblokowych w co najmniej sześciu elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 31WE lub 45 WE.

Zadania 3: co najmniej jedną usługę, obejmującą swoim zakresem wymianę wszystkich kół monoblokowych w co najmniej sześciu elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 31WE lub 36 WEa.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę

interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymagań postawionych przez Zamawiającego dla zadania nr 2 i 3 są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a także nadmierne i nie znajdujące uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, tj. naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. Ponadto, wskazane warunki udziału wskazują na konkretnego wykonawcę, który jako jedyny je spełnia. Odwołujący wnosił o zmianę warunków udziału w postępowaniu przez rezygnację z odniesienia do elektrycznych zespołów trakcyjnych określonego typu oraz zmniejszenie wymagania do czterech elektrycznych zespołów trakcyjnych w ramach jednej umowy.

Izba podzieliła powyższe stanowisko Odwołującego wskazując, że stosownie do art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE *Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu.* Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przepis ma na celu przede wszystkim niedopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający formułowałiby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie warunki, których spełnienie nie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia i które w efekcie – w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE w wyroku z 23 grudnia 2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECLI:EU:C: 2009:808, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy

wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczenia konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644, TSUE orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na stan niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie kwestionuje, że postawione warunki udziału w postępowaniu wprost wskazują na konkretnego wykonawcę oraz uniemożliwiają złożenie oferty Odwołującemu. Zamawiający nie zaprzeczył również, że kwestionowane warunki stanowią powtórzenie zakresu wskazanych w odwołaniu zamówień, uzyskanych i zrealizowanych przez wykonawcę Newag S.A.

W drugiej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał uzasadnienia dla określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób przez siebie narzucony. Nie wykazał, że wykonawca posiadający doświadczenie w wymianie kół monoblokowych w zestawach kołowych elektrycznych będzie miał problem z wymianą kół monoblokowych na pojazdach objętych niniejszym zamówieniem. Odwołujący wyjaśnił, że pojazdy 31WE, 45WE oraz 36WEa nie cechują się żadnymi szczególnymi rozwiązaniami, które miałyby wpływ na odmienność procesu wymiany kół monoblokowych. Odwołujący podkreślał, że koła w pojazdach szynowych objęte są standaryzacją tzn. certyfikacją WE. Ponadto, proces realizacji zamówienia musi być zgodny z wymaganiami wynikającymi z rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 226 z późn zm.). Zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 5 projektu umowy każdy wykonawca związany jest dokumentacją techniczną, która określa sposób wykonania poszczególnych czynności.

Izba uznała więc, że nie jest uzasadnione wymaganie doświadczenia odnoszącego się do konkretnych modeli, bowiem proces wymiany kół oparty o dokumentację techniczną danego pojazdu stanowi standardową usługę w przedmiotowej branży, czemu Zamawiający nie zaprzeczył. Wykonawcy posiadający doświadczenie przy wymianie kół monoblokowych oraz mający dostęp do dokumentacji technicznej pojazdów 31WE, 45WE oraz 36WEa będą w stanie należycie wykonać przedmiotowe zamówienie. Nieuzasadnione jest więc preferowanie doświadczenia odnoszącego się do konkretnych typów (modelów) pojazdu.

Nieuzasadnione jest też wymaganie pełnej wymiany kół w sześciu elektrycznych zespołach trakcyjnych. Projekt umowy zakłada realizację zamówienia w terminie do 36

miesiący (§9 projektu umowy), a wymiana będzie odbywać się w sposób sukcesywny. Ponadto, wykonawca wykona przedmiot umowy na każdym pojeździe w terminie do 15 dni roboczych liczonych od dnia przekazania wykonawcy pojazdu przez Zamawiającego (zgodnie z §3 ust. 16 projektu umowy). Zatem, proponowane przez Odwołującego ograniczenie liczby z sześciu do czterech pojazdów nie wpłynie na zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Izba podziela w tym zakresie pogląd Odwołującego, że wykonawca który serwisował cztery pojazdy w ramach jednej umowy posiada dokładnie to samo doświadczenie, co wykonawca serwisujący sześć pojazdów w ramach jednej umowy.

Dalej, należy wskazać, że rozważania Zamawiającego dotyczące różnic między kołami monoblokowymi a kołami obręczowanymi są bezprzedmiotowe, bowiem proponowana przez Odwołującego zmiana warunku udziału w postępowaniu dotyczyła kół monoblokowych, czyli takich które znajdowały się w pierwotnym brzmieniu warunku.

Ponadto, niezrozumiały jest argument związany z obowiązkiem Zamawiającego dostosowania wymagań w zakresie doświadczenia potencjalnego wykonawcy do zaleceń Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, mających wpływ na bezpieczeństwo w ruchu kolejowym. Zamawiający wyjaśnił, że w czerwcu 2022 r. uzyskał certyfikat podmiotu odpowiedzialnego za utrzymanie, dalej „ECM”, co wiąże się z koniecznością respektowania przepisów zawartych w rozporządzeniu Komisji (UE) 2019/779 z 16 maja 2019 r., gdzie Załącznik II do ww. rozporządzenia nakłada obowiązki na ECM, jeśli decyduje się na korzystanie z wykonawców zewnętrznych, tj. wykonawcy muszą posiadać odpowiednie kwalifikacje.

Niemniej sam Zamawiający przyznał, że powyższe rozporządzenie nie wskazuje szczegółowych wymogów, jakie musi spełniać wykonawca, decyduje więc o tym ECM, zgodnie z art. 9 ust.3 ww. rozporządzenia, gdzie wskazano, że podmiot odpowiedzialny za utrzymanie pozostaje odpowiedzialny za wynik zleconych na zewnątrz działań związanych z utrzymaniem i ustanawia system monitorowania ich realizacji. Natomiast sam Zamawiający na rozprawie na pytanie przewodniczącej, który przepis rozporządzenia wykonawczego Komisji wskazuje, iż w ramach określonych wymogów należy podać konkretny model pojazdu odpowiedział, iż nie model tylko oczekiwania odnoszące się do doświadczenia. W tym miejscu przywołał art. 9 ust. 3 oraz zał. nr II pn. Wymogi i kryteria oceny w odniesieniu do organizacji składających wnioski o certyfikat podmiotu odpowiedzialnego za utrzymanie lub o certyfikat w zakresie funkcji utrzymania zleconych na zewnątrz na zasadzie outsourcingu przez podmiot odpowiedzialny za utrzymanie. Skład orzekający nie dopatrywał się w przywołanych przepisach wymogu żądania konkretnego modelu pojazdu.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu w zakresie zadania 2 oraz zadania 3 zmianę pkt 8.1.2.4 specyfikacji warunków zamówienia oraz pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu i nadanie im brzmienia tak jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: