

Sygn. akt KIO/604/11

**WYROK**

**z dnia 30 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Fire-Max" Sp. z o.o., 02-495 Warszawa, Al. Jerozolimskie 224** od czynności zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", 00-906 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 1.**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu w punkcie III.2.3.1 poprzez określenie warunku w następujący sposób: „(...) wykonali dostawę przynajmniej jednego lotniskowego pojazdu ratowniczo-gaśniczego wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym oraz przedłożą dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.”,**

**2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", 00-906 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **"Fire-Max" Sp. z o.o., 02-495 Warszawa, Al. Jerozolimskie 224;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", 00-906**

**Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 1** na rzecz **"Fire-Max" Sp. z o.o., 02-495**  
**Warszawa, Al. Jerozolimskie 224** stanowiącej uzasadnione koszty strony  
poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2010 r. Nr 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Posty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa dwóch lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym dla lotniska Chopina w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2011 r. pod numerem 2011/S 50-082393.

W dniu 22 marca 2011 r. swoje odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu złożył wykonawca Fire-Max Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 oraz art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) dalej „ustawa p.z.p.”. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wskazanym w pkt III 2.3) ogłoszenia o zamówieniu - „Zdolność techniczna” poprzez zapis: „O przedmiotowe zamówienie publiczne mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują lub będą dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawę przynajmniej 2 (dwóch) lotniskowych pojazdów ratowniczo - gaśniczych oraz przedłożą dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.”

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż w pkt. III 2.3) ogłoszenia o zamówieniu - zdolność techniczna – zamawiający postawił warunek, iż o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy wykażą się doświadczeniem w dostawie przynajmniej 2 lotniskowych pojazdów ratowniczo - gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym oraz przedłożą dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie. Odwołujący podniósł, iż tożsamość przedmiotu zamówienia oraz warunku wskazanego na potwierdzenie spełniania wymogów zamawiającego nie przesądza w żaden sposób o niezbędnej wiedzy i doświadczeniu, a ogranicza tylko nadmiernie konkurencję. W ocenie odwołującego dla zachowania zasady uczciwej konkurencji wystarczające wydaje się być wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w zrealizowaniu zamówień podobnych, porównywalnych czy też o zbliżonym charakterze.

Odwołujący wskazywał, iż stawianie przez zamawiającego warunku wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji dostawy 2 lotniskowych pojazdów ratowniczo - gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym jest warunkiem nadmiernym i

nieadekwatnym do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zapewniającego prawidłową realizację zamówienia. Podnosił, iż doświadczenie wykonawców w zakresie realizacji dostawy lotniskowych pojazdów ratowniczo - gaśniczych niczym nie różni się od doświadczenia wykonawców w zakresie realizacji dostawy lotniskowych pojazdów ratowniczo - gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym, bowiem wysięgnik stanowi jedynie element, który producent pojazdu montuje na samochodzie. Odwołujący stwierdził, iż większość wiodących producentów nie produkuje owego wysięgnika, a tylko montuje na samochodzie wysięgnik teleskopowy, dlatego dostawa samochodu z wysięgnikiem nie stanowi dodatkowego doświadczenia wykonawcy. W ocenie odwołującego doświadczenie zdobywa się w zakresie dostawy lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych, dostawa bowiem tego typu pojazdów, biorąc pod uwagę ich proces produkcyjny stanowi o wiedzy technicznej i niezbędnym doświadczeniu wykonawcy. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający powinien wymagać wiedzy i doświadczenia w granicy zasięgu wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, która to jest konieczna i potrzebna do realizacji zamówienia. Żądanie dokumentów wykraczających poza niezbędną do przeprowadzenia postępowania narusza przepis art. 25 ust. 1 ustawy p.z.p. Postawienie zatem warunku wykazania się doświadczeniem w realizacji 2 lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z wysięgnikiem teleskopowym narusza stosunek poziomu doświadczenia do stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego w przedmiotowym postępowaniu dla osiągnięcia celu i adekwatności warunku do osiągnięcia celu wystarczające jest żądanie doświadczenia w dostawie lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych. Odwołujący podnosił również, iż brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy p.z.p. wskazuje na konieczność związania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 powyższego przepisu, z przedmiotem zamówienia, jak też na konieczność zachowania proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, iż związanie z przedmiotem zamówienia należy interpretować, jako odnoszący się do czegoś, nawiązujący, a zatem nie tożsamy, nie taki sam i nie identyczny.

Wobec powyższego żądanie wykazania się dostawą 2 lotniskowych pojazdów ratowniczo -gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym, który to warunek jest identyczny jak przedmiot zamówienia narusza przepisy art. 22 ust. 4 ustawy p.z.p. i art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., gdyż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu został postawiony w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Postawienie warunków udziału w postępowaniu w powyższy sposób w istocie preferuje tylko jednego wykonawcę, zamyka dostęp do zamówienia publicznego innym wykonawcom, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotowego zamówienia.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Posty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa dwóch lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym dla lotniska Chopina w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2011 r. pod numerem 2011/S 50-082393.

Zgodnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 9.771.320,00 zł.

Zgodnie z punktem III.2.3.1. ogłoszenia o zamówieniu „(...) O przedmiotowe zamówienie publiczne mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują lub będą dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali dostawę przynajmniej 2 (dwóch) lotniskowych pojazdów ratowniczych-gaśniczo wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym oraz przedłożą dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.”.

Ponadto zgodnie z punktem VI.3) ogłoszenia o zamówieniu „(...) Przewidywana liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert – 10. (...) Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 10, Zamawiający zaprosi do składania ofert 10 wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (punkt III.2.3.1. ogłoszenia o zamówieniu). Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy będzie dokonywana w następujący sposób: za każdą dodatkową ponad wymagalne minimum dostawę jednej sztuki lotniskowego pojazdu ratowniczo-gaśniczego z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należycie, Wykonawca otrzyma 1 punkt.”.

Określenie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, w sposób wskazany w punkcie III.2.3.1. ogłoszenia o zamówieniu leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 23 marca 2011 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. swojego przystąpienia nie zgłosił żaden wykonawca.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

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 p.z.p., jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4, art. 25 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba, co do zasady podzieliła stanowisko odwołującego. W ocenie Izby powyższe zarzuty znalazły potwierdzenie, gdyż dokonany opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełniania narusza zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem uczciwej konkurencji. Określenie warunku jak w pkt III.2.3.1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez żądanie wykazania się doświadczeniem w dostawie przynajmniej 2 lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym uniemożliwia złożenie wniosku podmiotom, którzy mają wystarczające doświadczenie dla właściwego wykonania zamówienia. W konsekwencji zamawiający dyskryminuje i ogranicza konkurencję w środowisku potencjalnych wykonawców zamówienia.

Izba wskazuje, iż zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji nie można traktować w taki sposób, kiedy zamawiającemu nakazywałoby się udzielenie zamówienia publicznego każdemu wykonawcy, również takiemu, który nie daje rękojmi należytego wykonania tego zamówienia, bowiem ustawodawca przewiduje, że wykonawcą może być tylko i wyłącznie podmiot, który spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1. W takim zakresie, w jakim zamawiający żąda spełnienia tych warunków, nie narusza ona zasady wskazanej w art. 7, o ile oczywiście kryteria ich spełnienia sformułowane są w sposób obiektywny, podyktowany zakresem lub zaawansowaniem technologicznym zamówienia, którego realizacja wymaga od wykonawcy odpowiedniego doświadczenia, wiedzy, potencjału ekonomicznego, technicznego lub finansowego. W przedmiotowej sprawie o ile za uprawnione i adekwatne do przedmiotu zamówienia należy uznać żądanie przez zamawiającego wykazania się doświadczeniem dostawy pojazdu ratowniczo-gaśniczego wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym o tyle za niezasadne i naruszające w/w zasady należało uznać żądanie wykazania się

doświadczeniem w dostawie, co najmniej dwóch takich pojazdów. Należy zauważyć, iż przy tak wyspecjalizowanym przedmiocie zamówienia, jego złożoności, zaawansowaniu technologicznym i potrzebnej do jego realizacji wiedzy wykonanie już jednego pojazdu (mając na uwadze, iż przedmiot zamówienia obejmuje dwa pojazdy) daje rękojmię wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłową realizację zamówienia. Jedyna przedstawiona przez zamawiającego na rozprawie argumentacja tak postawionego warunku, iż wykonawca, który dostarczył jeden pojazd ratowniczo-gaśniczy wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym nie nabył doświadczenia gdyż „co najwyżej uczył się” nie znajduje żadnego uzasadnienia przy tym specjalistycznym charakterze przedmiotu zamówienia. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż postawienie warunku w sposób określony w pkt III.2.3.1 ogłoszenia o zamówieniu narusza stosunek poziomu doświadczenia do stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia, ale tylko, co do zakresu wymagania ilościowego. Za adekwatne należało natomiast uznać żądanie zamawiającego wykazania się doświadczeniem w dostawie lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż za wystarczające, adekwatne do przedmiotu zamówienia będzie wykazanie się doświadczeniem w dostawie lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych lub lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z działkiem na dachu. Izba wzięła pod uwagę przedłożoną przez zamawiającego na rozprawie opinię, która pozwala stwierdzić, iż doświadczenie w zakresie realizacji dostawy lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych nie będzie tożsame z doświadczeniem w realizacji dostawy lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym.

Reasumując w ocenie Izby zamawiający zbyt rygorystycznie potraktował potencjalnych wykonawców, opisując warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w sposób, który uniemożliwi złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu takim podmiotom, które dają rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....