

Sygn. akt: KIO 1234/17

WYROK

z dnia 3 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę P.P.W. K. sp. z o.o. z siedzibą w R., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Przewozy Regionalne sp. z o.o. Oddział O. z siedzibą w O.,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przewozy Regionalne sp. z o.o. Oddział O. z siedzibą w O. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Dostawę wraz zabudową tokarki podtorowej w hali napraw w K., (...)”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 czerwca 2017 r., pod nr 2017/S 108-218649. Tego samego dnia Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

Treść Ogłoszenia (sekcja III „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym”, pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne) oraz postanowienia SIWZ (§ 6 ust. 2 pkt 1 lit. a – „Przesłanki wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu”) zostały zaskarżone przez wykonawcę P.P.W. K. sp. z o.o. z siedzibą w R. (dalej „Odwołujący”) odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) 16 czerwca 2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z 7 ust. 1 Pzp przez określenie sposobu oceny spełnienia warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 22 ust. 5 w zw. z 7 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne i nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia Odwołującemu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Ogłoszenia (sekcja III pkt III.2.3) oraz § 6 ust. 2 pkt 1 lit. a SIWZ przez pominięcie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy odnoszącego się do wartości jednej dostawy fabrycznie nowej tokarki podtorowej, o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł netto.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Na etapie do upływu terminu składania ofert określenie w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, może utrudnić lub uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący podał, że w sekcji III pkt III.2.3 Ogłoszenia oraz w § 6 ust. 2 pkt 1 lit. a SIWZ Zamawiający wprowadził warunek udziału wykonawcy w Postępowaniu w zakresie jego zdolności technicznej lub zawodowej, którego treścią jest wykazanie dostawy fabrycznie nowej tokarki podtorowej w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł netto. Warunek ten, zdaniem Odwołującego, narusza przepis art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że jakkolwiek Zamawiający jest uprawniony do ustalenia warunków minimalnych pozwalających mu ocenić zdolność techniczną lub zawodową oraz doświadczenie wykonawcy, to jednak musi mieć na względzie, że art. 22 ust. 1a Pzp potwierdzający zasadę, że warunki udziału w postępowaniu mają za zadanie zapewnić mu (zamawiającemu) wybór podmiotu rzetelnego i profesjonalnego, który zapewni rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego, nie mogą naruszać sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady proporcjonalności, wymagającej określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu adekwatnych i nienadmiernych w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz odnoszących się do minimalnego poziomu, który zapewnia wybór wykonawcy rzetelnego. Narzucony przez Zamawiającego warunek wartości kontraktu nie mniejszy niż 3.000.000 zł netto nie spełnia tych ustawowych wymogów.

Odwołujący oświadczył, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w zakresie zdolności technicznej, zawodowej i doświadczenia nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem stopnia złożoności lub warunkami realizacji. W żadnym razie nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia, wykonawcy dającemu rękojmię należytego wykonania. Odwołujący posiadający wieloletnie, bogate doświadczenie w dostawach maszyn porównywalnych do zamówionej przy zachowaniu warunku wartości dostawy nie mniejszej niż 3 mln zł netto nie mógłby zostać uznany za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wskazuje to niedwuznacznie na nieproporcjonalność opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu i jednocześnie stanowi potwierdzenie zarzutu wykonawcy w tym względzie. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z utartą praktyką orzeczniczą, naruszeniem jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinien udowodnić wykonawca, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zobowiązania.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp praktycznie sprowadza się do nierespektowania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji przejawiającego się w tym, że kwestionowany warunek, w istocie utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku. Dodatkowo, naruszona została zasada równego traktowania wykonawców, która winna się przejawiać w niestosowaniu przez Zamawiającego przywilejów i środków dyskryminujących wykonawcę, ze względu na jego właściwości.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący stwierdził, że warunek ustalony przez Zamawiającego nie ma na celu weryfikacji wykonawcy, o której mowa w art. 22 ust. 5 Pzp. Warunek ten stanowi bezpodstawne i nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia, wykonawcy, który prawidłowo i należyście wykonał usługę o skali i złożoności wymaganej przez zamawiającego w kwocie netto niższej niż 3.000.000 zł.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że nie może zgodzić się z żądaniem Odwołującego, który oczekuje usunięcia w całości kwestionowanego warunku udziału w Postępowaniu, nie proponując żadnej alternatywy.

Podkreślił, że zarówno wartość zamówienia (3.880.000,00 zł), jak i kwotę wynikającą z treści spornego warunku (3.000.000,00 zł) ustali w oparciu o doświadczenia innych podmiotów zamawiających (oddziałów Przewozów Regionalnych), którzy udzielali podobnych zamówień o wartości mieszczącej się w przedziale od powyżej 3 mln zł do 5 mln zł.

Odwołujący na rozprawie podtrzymał stanowisko wyrażone w odwołaniu podkreślając, że dąży do tego, aby jego zdolność techniczna nie była oceniana wyłącznie przez pryzmat wartości samego urządzenia (tokarki). Stwierdził również, że wskazywanie jakiegokolwiek wartości zrealizowanego zamówienia nie jest konieczne, proponując jednocześnie, aby ewentualnie wartość nie mniejszą niż 3 mln zł netto zamienić na wartość nie większą niż 3 mln zł netto.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści referencji wystawionych na jego rzecz przez Ł. K. A. sp. z o.o. z siedzibą w Ł., W. K. D. sp. z o.o. z siedzibą w G. oraz P. A. S.A. z siedzibą w K., potwierdzających należyte wykonanie zamówień polegających m.in. na dostawach tokarek/obrabiarek.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści Ogłoszenia i SIWZ oraz dowodów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie stwierdzając, że stan faktyczny jest niesporny.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie należało oddalić, ponieważ Odwołujący nie przedstawił Izbie argumentów uzasadniających zmianę kwestionowanego warunku udziału w Postępowaniu.

Przypomnienia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Jakkolwiek Odwołujący trafnie argumentował, że swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim ogólnie rzecz ujmując jest zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, tym niemniej, zdaniem składu orzekającego, *ad casum* nie ma podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający wspomnianą granicę naruszył. Odwołujący zasadniczo, poza stwierdzeniem, że kwestionowany warunek udziału w Postępowaniu uniemożliwia mu ubieganie się o udzielenie zamówienia, nie wskazał na żadne obiektywne okoliczności uzasadniające twierdzenie o braku proporcjonalności spornego warunku do przedmiotu zamówienia, czy o nieprzydatności warunku do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem Odwołującego, jakoby wskazywanie jakiegokolwiek wartości zrealizowanej dostawy tokarki wraz z jej oprogramowaniem i montażem (tak bowiem – wbrew odmiennym zapatrywaniom odwołującego – należało odczytywać kwestionowany warunek udziału w Postępowaniu, jako że wszystkie te elementy wynikają *expressis verbis* z jego treści) w treści warunku nie było w ogóle konieczne. Należy bowiem zauważyć, że to ustawodawca przesądził, iż wartość zrealizowanego zamówienia jest jednym z wyznaczników zdolności zawodowej wykonawcy. Świadczy o tym chociażby okoliczność, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126), wykaz zrealizowanych dostaw ma zawierać m.in. informacje o ich wartości. Stąd zamawiający wskazują w treści warunków udziału w postępowaniu wartość zamówień, których potwierdzenia żądają następnie w dokumentach jakimi są wykazy dostaw, usług, czy robót budowlanych.

Skład orzekający nie podzielił również wyrażonego na rozprawie stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym wartość zamówienia wynikająca z treści spornego warunku udziału w Postępowaniu powinna zostać określona jako wartość maksymalna, nie zaś, jak dotychczas, minimalna. Zauważyć należy bowiem, że przepis art. 22 ust. 1a Pzp referuje do minimalnych poziomów zdolności do należytego wykonania zamówienia, której elementem jest – jak wspomniano – m.in. wartość zrealizowanego zamówienia. Zaproponowana przez Odwołującego zmiana tego postulatu nie realizuje.

Całkowicie chybiony był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 5 Pzp. Uszło uwadze Odwołującego, że wspomniany przepis został uchylony w wyniku nowelizacji, która weszła w życie 28 lipca 2016 r. Kwestia oceny, czy warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełniają wyznaczone im przez ustawodawcę zadanie dokonywana jest z uwzględnieniem przepisu art. 22 ust. 1a Pzp, którego naruszenie – jak wskazano powyżej – nie zostało przez Odwołującego wykazane.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania przedstawione przez Odwołującego na rozprawie referencje. Izba nie kwestionuje doświadczenia Odwołującego w realizacji podobnych zamówień, a jedynie stwierdza, że Odwołujący nie legitymuje się doświadczeniem na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego i w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił uzasadnionych powodów przemawiających za zmianą oczekiwań Zamawiającego w powyższym zakresie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: