

Sygn. akt: KIO 1081/17
KIO 1084/17
KIO 1091/17

WYROK
z dnia 19 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez:

- 1) **S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w S.** (sygn. akt KIO 1081/17),
- 2) **A. K. S.A. z siedzibą w C.** (sygn. akt KIO 1084/17),
- 3) **N. S.A. z siedzibą w N. S.** (sygn. akt KIO 1091/17),

w postępowaniu prowadzonym przez **M. W. Sp. z o.o. z siedzibą w W.**,
przy udziale:

- 1) wykonawcy **A. K. S.A. z siedzibą w C.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 1081/17 i KIO 1091/17,
- 2) wykonawcy **P. S. P. B. S.A. z siedzibą w B.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1084/17,
- 3) wykonawcy **Š. T. a.s.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1084/17,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 1081/17:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie punktu III.1.2 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz punktu 5.2.1 ppkt 2 SIWZ;
2. Kosztami postępowania obciąża M. W. Sp. z o.o. 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 wykonawcy S. P. Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

II. Sygn. akt KIO 1084/17:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Alstom Konstal S.A. i 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;

III. Sygn. akt KIO 1091/17:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie punktu III.1.2 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz punktu 5.2.1 ppkt 2 SIWZ;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża M. W. Sp. z o.o. i:
 - 3.1 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;
 - 3.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz wykonawcy N. S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. 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:

Członkowie:

.....

**Sygn. akt: KIO 1081/17
KIO 1084/17
KIO 1091/17**

Uzasadnienie

Zamawiający – M. W. Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w W.*

Sygn. akt KIO 1081/17

W dniu 29 maja 2017 r. wykonawca S. P. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a i 1b pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 5.2.1. ppkt 1 SIWZ, wykonawca musi wykazać roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie rachunku zysków i strat pozycja – Przychody netto ze sprzedaży i zrównane z nimi przy wariancie porównawczym lub – Przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów przy wariancie kalkulacyjnym) w wysokości nie mniejszej niż 500 mln PLN. Ponadto, zgodnie z pkt 5.2.1. ppkt 2 SIWZ, wykonawca musi wykazać wskaźnik bieżącej płynności za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie bilansu pozycja B. Aktywa obrotowe, pozycja B.HI Zobowiązania krótkoterminowe, pozycja B.I 2.3 – rezerwy krótkoterminowe) w wysokości nie mniejszej niż 1,2. Wyliczenie powinno nastąpić zgodnie z poniższym wzorem: $WBP = (AO - N12) / (ZK - Z12)$, gdzie: WBP – wskaźnik bieżącej płynności, AO – aktywa obrotowe, N12 – należności z tytułu dostaw i usług powyżej 12 miesięcy, ZK – zobowiązania krótkoterminowe, Z12 – zobowiązania z tytułu dostaw i usług powyżej 12 miesięcy.

Odwołujący podniósł, że warunek dotyczący legitymowania się określonym wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej, a w szczególności wskaźnikiem na poziomie 1,2, narusza art. 7 ust. 1 ustawy oraz jest sprzeczny z normą art. 22 ust. 1 a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ nie służy dokonaniu rzeczywistej oceny minimalnych zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji prowadzi do wykluczenia z postępowania Odwołującego, którego sytuacja ekonomiczna i finansowa umożliwiają prawidłową i bezpieczną realizację zamówienia.

Wskazał, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej generalnie dopuszcza stawianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej referujących do ww. wskaźnika w wysokościach plasujących się w dolnych rejestrach jego normatywnej skali wyznaczonej przez piśmiennictwo ekonomiczne w przedziale od 1 do 2, niemniej jednak niezasadne jest odnoszenie tego do wszystkich zamówień, branż i rynków. Zwłaszcza w świetle aktualnie obowiązujących przepisów regulujących stawianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazania wymaga powiązanie warunków z danym przedmiotem zamówienia. Przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zasada proporcjonalności została również podniesiona do rangi głównych zasad ustawowych, według których zamawiający przygotowują i przeprowadzają postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W świetle powyższego każdy warunek udziału w postępowaniu należy oceniać nie tylko generalnie, ale przede wszystkim z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danej sprawy, szczególnie w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia i specyfiki rynku, do którego zamówienie jest skierowane. Tylko w odniesieniu do powyższych okoliczności ocenić można realizację lub naruszenie zasad ogólnych ustawy, zwłaszcza zasad nieograniczania konkurencji i proporcjonalności. Zdaniem Odwołującego, żądanie w niniejszym postępowaniu wskaźnika bieżącej płynności finansowej, a tym bardziej żądanie go na poziomie 1,2, nie może być uznane za proporcjonalne, a warunek tego typu winien zostać usunięty, a przynajmniej ograniczony.

Odwołujący wskazał, że płynność płatnicza to zdolność przedsiębiorstwa do terminowego regulowania swoich zobowiązań. Powyższa zdolność w rachunkowości i analizie finansowej przedsiębiorstw oceniana jest na podstawie różnych wskaźników, np. wskaźnika bieżącej płynności finansowej (current ratio), wskaźnika wysokiej płynności (quick ratio), wskaźnika gotówkowego (cash to current liabilities ratio), wskaźników wykorzystujących w swojej konstrukcji kapitał obrotowy netto, etc. Przy analizie wskaźnikowej należy jednak brać pod uwagę szereg zastrzeżeń i ograniczeń, co do uzyskania pewnych i poznawczo doniosłych wyników. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że nie ma uniwersalnych wzorców wartości wskaźników oraz wskazuje się na szereg ograniczeń wiarygodności klasycznej analizy wskaźnikowej, takich jak: ukierunkowanie retrospektywne, oparcie na metodzie podmiotowej, oparcie na metodzie wyceny, oparcie na zasadzie memoriału, subiektywizm danych księgowych, możliwość manipulowania danymi,

przypadkowość danych zawartych w bilansie, etc. W szczególności analiza oparta o zawartość ksiąg rachunkowych i zjawiska, które można wycenić za pomocą pieniądza nie ujmuje, lub nie ujmuje w sposób wystarczający, takich elementów wpływających na ocenę przedsiębiorstwa, jak pozycja strategiczna i rynkowa firmy, wartość posiadanych znaków towarowych i rozwiązań technologicznych, wartość kadry, baza klientów i inne powiązania biznesowe. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej przedsiębiorstwa, do którego referują kwestionowane postanowienia SIWZ, to miernik zdolności przedsiębiorstwa do spłaty jego zobowiązań bieżących. Obrazuje stopień pokrycia zobowiązań krótkoterminowych aktywami obrotowymi. Informuje o zdolności podmiotu do spłaty ciężących na nim w dniu pomiaru wskaźnika zobowiązań bieżących, tj. informuje o tym, czy firma byłaby w stanie zapłacić zobowiązania w terminie, gdyby sprzedała zapasy, odzyskała należności oraz przeznaczyła na to posiadaną gotówkę.

Odwołujący wskazał, że w literaturze wskazuje się na różne normatywne poziomy wskaźnika, dla pozytywnej oceny kondycji finansowej firmy. Generalnie wskaźniki przyjmowane i postulowane przez ekonomistów oscylują w przedziałach od 1 do 2. Wskaźnik wyższy niż 2 wskazuje na nadpłynność finansową, czyli nieumiejętne gospodarowanie nadwyżkami finansowymi przedsiębiorstwa, natomiast wskaźnik utrzymujący się poniżej 1 wskazuje na ryzyko utraty płynności finansowej, przy czym postulowane wskaźniki winny zależeć od specyfiki danej branży. Dla przykładu wskazać tu można branżę wielkich sieci handlowych, takich jak S., M. C. & C. czy B., dla których wskaźniki w sześciu kolejnych latach rozliczeniowych, obliczane na podstawie danych ze sprawozdań finansowych, wahały się w przedziałach od 0,5 do 0,9, co nie budziło obaw o kondycję finansową i wiarygodność ww. spółek. Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że wskaźnik bieżącej płynności nie stanowi adekwatnego w każdej branży, uniwersalnego środka weryfikacji sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy. W szczególności specyfika rynku i model działania przedsiębiorców produkujących i dostarczających tabor szynowy powoduje, że w praktyce niektóre spółki, które znajdują się w bardzo dobrej sytuacji finansowej, nie wykazują wysokiego wskaźnika bieżącej płynności.

Odwołujący podał, że charakteryzuje się następującymi wskaźnikami bieżącej płynności („WBP”) finansowej w trzech ostatnich latach obrotowych: WBP 2014 = 1,07, WBP 2015 = 1,14, WBP 2016 = 1,21, tym samym określony przez Zamawiającego warunek uniemożliwia mu złożenie oferty, pomimo że jest wykonawcą o stabilnej sytuacji finansowej i ekonomicznej, posiadającym renomę i ugruntowaną pozycję na polskim rynku dostawców taboru szynowego. Podniósł, że wyklucza z postępowania jednego z głównych uczestników rynku, biorącego udział w niemal wszystkich postępowaniach przetargowych na dostawę taboru kolejowego i tramwajowego ogłaszanych w Polsce w ostatnich latach oraz

realizującego swoje zobowiązania rzetelnie i terminowo (zarówno względem zamawiających jak i swoich poddostawców).

Odwołujący podniósł, że w zależności od przyjętego modelu organizacyjnego i sposobu działania, także posiadanego portfela realizowanych kontraktów, spółki funkcjonujące na tak specyficznym rynku, jakim jest rynek producentów taboru szynowego, mogą w taki sposób prowadzić swoją działalność, że wskaźnik bieżącej płynności nie będzie odzwierciedlał ich rzeczywistej kondycji finansowej i perspektyw na przyszłość. Zarówno firmy wykazujące się niskim wskaźnikiem bieżącej płynności mogą zamknąć i rozliczyć swoje długotrwałe kontrakty w taki sposób, że osiągną satysfakcjonujący wynik finansowy, jak i firmy wykazujące się historycznie wysokim wskaźnikiem bieżącej płynności mogą na aktualnie realizowanych kontraktach długoterminowych ponieść znaczne straty, które odbiją się na ogólnej finansowej kondycji przedsiębiorstwa. Odwołujący stwierdził, że pozostaje wzorem stabilności i rzetelności biznesowej, natomiast wartość wskaźnik bieżącej płynności na poziomie 1,2 nie odzwierciedla sytuacji finansowej Spółki oraz jej możliwości i praktyki terminowego regulowania krótkoterminowych zobowiązań środkami obrotowymi. Wskaźnik pokazuje pokrycie zobowiązań i rezerw krótkoterminowych aktywami obrotowymi na dany punkt w czasie, w danym dniu bilansowym, nie pokazuje czy spółka ma problemy z płynnością w ciągu roku finansowego, nie uwzględnia również różnicy w czasie pomiędzy momentem uzyskania środków pieniężnych a koniecznością dokonania przez spółkę płatności. Wartość analityczna tego wskaźnika jest ograniczona, gdyż nawet przy wypełnieniu poziomu 1,2 wypłacalność przedsiębiorstw może być ograniczona w szerszym przedziale czasu. Może on pozornie wskazywać na dobrą kondycję finansową spółki również w przypadku posiadania wolno ściągalnych należności oraz środków pieniężnych na rachunkach bankowych, jednak z ograniczoną możliwością dysponowania tymi środkami. Innymi słowy, w takiej sytuacji spółka może posiadać wysokie aktywa obrotowe, a nie będzie w stanie szybko spieniężyć należności ani użyć posiadanych środków pieniężnych do spłaty bieżących zobowiązań. Co więcej, specyfika branży producentów taboru szynowego charakteryzuje się dłuższym procesem produkcji oraz występowaniem znacznych wartości produkcji w toku w aktywach obrotowych. W praktyce nie można spieniężyć pociągu produkowanego dla konkretnego klienta przed jego odbiorem, po to aby spłacić własne należności. Oznacza to, że uwzględnienie produkcji w toku, jako składnika aktywów krótkoterminowych, cechującego się niską płynnością przemawia za odstępniem od zastosowania wskaźnika bieżącej płynności, jako kryterium przetargu w branży produkcji pojazdów szynowych.

Odwołujący wskazał, że w zależności od stopnia realizacji projektów można zaobserwować różną strukturę bilansu, co przekłada się na różne wartości wskaźnika

bieżącej płynności. Na przykładzie modelu działalności Odwołującego – w momencie gdy duża część projektów znajduje się w fazie zaawansowania, w aktywach krótkoterminowych posiada on większe wartości produkcji w toku i niższe stany należności od kontrahentów. Z kolei po stronie zobowiązań krótkoterminowych znajdują się wysokie wartości zaliczek na dostawy od klientów grupowych (czyli spółek z grupy kapitałowej w skład której wchodzi Odwołujący) bądź zewnętrznych. W momencie sprzedaży pojazdów, sytuacja się odwraca, wartość produkcji w toku się zmniejsza, jak również wartość zaliczek na dostawy po stronie zobowiązań. W tym samym czasie w dużo większej proporcji przyrastają należności z tytułu dostaw i usług. W konsekwencji, w zależności na jakim etapie produkcji znajduje się Odwołujący, jego struktura bilansu może kształtować się w odmienny sposób, tak jak i wskaźnik bieżącej płynności. Na wartość wskaźnika mają wpływ również inne czynniki, np. prezentacja należności i zobowiązań grupowych rozłącznie (bez kompensowania), co wpływa na wartość aktywów i zobowiązań krótkoterminowych, a w konsekwencji na proporcję, według której obliczany jest wskaźnik.

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na zawodność wskaźnika bieżącej płynności, o prawdziwym poziomie wypłacalności przedsiębiorstw świadczy realna terminowa spłata zobowiązań wobec zewnętrznych kontrahentów. Odwołujący finansuje swoje zobowiązania handlowe, publicznoprawne oraz pracownicze z działalności operacyjnej oraz z zaliczek na poczet realizacji projektów w przeważającej części w ramach Grupy S. R. Nie posiada żadnych kredytów obrotowych, ponieważ zwykła działalność operacyjna oraz fundusze grupowe pozwalają na terminowe regulowanie zobowiązań bez uciekania się do tego typu instrumentów finansowania działalności. Potwierdzenia terminowego regulowania zobowiązań publicznoprawnych przedkładane są w toku wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia, w których bierze udział. Odwołujący sumiennie wywiązuje się również ze swoich zobowiązań wobec zewnętrznych kontrahentów, o czym świadczy długoterminowa współpraca z dostawcami i podwykonawcami, która nie byłaby możliwa bez poszanowania terminów płatności zobowiązań. Terminowość wywiązywania się z tych zobowiązań handlowych potwierdza bardzo dobra struktura wiekowania zobowiązań. W załączniku do odwołania Odwołujący przedstawił tabelę „Struktura wiekowania zobowiązań”. Podniósł, że nie tylko terminowo realizuje swoje zobowiązania, buduje i dostarcza najwyższej jakości tabor szynowy, ale również rozwija się i inwestuje w powiększenie zakładu produkcyjnego w S.. Jego sytuacja finansowa i zdolności inwestycyjne oceniane są pozytywnie przez banki udzielające jej kredytów inwestycyjnych, jest również w stanie wypełnić ewentualny warunek udziału w postępowaniu referujący do posiadania środków pieniężnych lub zdolności kredytowej na wysokim poziomie. Odwołujący załączył do odwołania: oświadczenie Ł. K. A. Sp. z o.o. potwierdzające należyte wykonanie dostawy 20 szt. elektrycznych zespołów

trakcyjnych, oświadczenia P. I. S.A. potwierdzające należyte wykonanie dostawy 20 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych. Podniósł, że o jego dobrej kondycji finansowej świadczy osiągnięta rentowność sprzedaży, aktywów oraz kapitałów własnych w kolejnych latach obrotowych. Wskaźniki te pokazują efektywność wykorzystania majątku i kapitałów oraz wskazują na nastawienie spółki na długofalowy rozwój. Pokazują zdolność majątku oraz sprzedaży do generowania zysków. Wskaźniki wymienione powyżej kształtują się w sposób następujący:

- Rentowność sprzedaży netto (ROS = zysk netto / przychody ze sprzedaży): ROS 2014 = 4,2%, ROS 2015 = 3,0%, ROS 2016 = 3,7%
- Rentowność aktywów (ROA = zysk netto / aktywa ogółem): ROA 2014 = 7%, ROA 2015 = 5,4%, ROA 2016 = 6,1%
- Rentowność kapitałów własnych (ROE = zysk netto / kapitał własny): ROE 2014 = 41,8%, ROE 2015 = 35,5%, ROE 2016 = 37,5%.

Odwołujący zajął ponadto trzecie miejsce w województwie mazowieckim i siódme w Polsce w prestiżowym rankingu najdynamiczniej rozwijających się polskich przedsiębiorstw przygotowanym przez magazyn F. Warunkiem udziału w rankingu było zwiększenie wartości firmy przez trzy lata z rzędu o minimum 23 proc. rocznie.

Zdaniem Odwołującego, już zawarty w pkt 5.2.1. ppkt 1 SIWZ warunek udziału w zakresie wymaganego rocznego przychodu za ostatnie trzy lata obrotowe na poziomie 500 mln PLN uwiarygadnia zdolność finansową wykonawcy. Tego typu warunek, np. w zestawieniu z możliwymi do postawienia warunkami dotyczącymi zdolności kredytowej czy posiadanych środków finansowych, wystarczająco zabezpieczałby dopuszczenie do realizacji przedmiotowego zamówienia jedynie firmy wiarygodne i zdolne do jego wykonania. Natomiast warunek będący przedmiotem odwołania nie jest znany i stosowany na rynku przetargów na dostawę taboru szynowego w Polsce. Na przestrzeni ponad dziesięciu lat swojej działalności Odwołujący po raz pierwszy spotyka się z takim warunkiem w odniesieniu do dostawy pojazdów szynowych. Powszechnie stawianym przez zamawiających warunkiem udziału w postępowaniu jest wymóg posiadania określonych środków finansowych lub zdolności kredytowej. Tytułem przykładu, w jednym z największych w ostatnich latach postępowaniu na dostawę 213 tramwajów, prowadzonym przez T. W. Sp. z o.o., zamawiający wymagał od potencjalnych wykonawców posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 100 000 000 mln zł. Zdaniem Odwołującego, już taki warunek udziału w postępowaniu, w połączeniu z warunkiem opisanym w pkt 5.2.1. ppkt 1 SIWZ gwarantuje Zamawiającemu, że wybrany wykonawca będzie zdolny należycie wykonać zamówienie. Ponadto specyfika rynku taboru kolejowego w Polsce wskazuje, że oferty w przetargach składa jedynie trzech polskich producentów (Odwołujący, N. i P.) oraz

kilka wielkich koncernów światowych, które zamawiającym publicznym są doskonale znane. Ryzyko złożenia oferty przez przypadkowego wykonawcę jest bliskie zeru, a dodatkowe zabezpieczanie się przez Zamawiającego warunkiem dotyczącym współczynnika płynności bieżącej jest nie tylko nieadekwatne i niczego nie gwarantuje Zamawiającemu, ale eliminuje z wykonania zamówienia jednego z trzech krajowych producentów taboru szynowego. Tym samym stawianie odcinających wymogów w zakresie wykazywania się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej w wysokości nie mniejszej niż 1,2 wykracza poza potrzebę oceny minimalnych zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jest nieproporcjonalne i nie służy prawidłowej realizacji celów, dla których warunki udziału w postępowaniu są stawiane.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu warunku dotyczącego wskaźnika bieżącej płynności finansowej, ewentualnie, w razie nieuwzględnienia przez Izbę powyższego wniosku – o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji tego warunku poprzez obniżenie wymaganego wskaźnika bieżącej płynności do wartości wyższej niż 1,0.

Sygn. akt KIO 1084/17

W dniu 29 maja 2017 r. wykonawca A. K. S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ustawy Pzp.

1. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.2 SIWZ wykonawca jest obowiązany posiadać niezbędne doświadczenie w produkcji taboru szynowego, tj. wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał i przekazał do eksploatacji, co najmniej 10 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, złożonych z minimum 3 wagonów każdy, z których co najmniej dla jednego składu wagonów lub dla każdego z wagonów wykonawca uzyskał dokument potwierdzający dopuszczenie danego typu wagonów do eksploatacji na obszarze Unii Europejskiej.

Odwołujący podniósł, że powyższy warunek został skonstruowany w sposób, który narusza przepisy prawa, w tym w szczególności przepisy ustawy Pzp, Zamawiający bowiem w sposób zupełnie nieuzasadniony i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia w treści ww. warunku odwołał się do pojęcia elektrycznych zespołów trakcyjnych. Wskazał, że przedmiotem zamówienia, jak wynika z treści Ogłoszenia i SIWZ, są wagony metra, a elektryczne zespoły trakcyjne i wagony metra to dwa różne typy produktów. Elektryczne zespoły trakcyjne posiadają określoną specyfikację techniczną i technologiczną. Proces produkcji EZT, jak i ich specyfikacja techniczna i technologiczna oraz, przede wszystkim,

zastosowanie i sposób eksploatacji, są zupełnie odmienne od specyfikacji niniejszego przedmiotu zamówienia. EZT są używane w kolei dalekobieżnej, regionalnej i aglomeracyjnej, natomiast wagony metra przeznaczone są do eksploatacji w odmiennych warunkach infrastrukturalnych, jak i środowiskowych. Wagony metra przeznaczone są do pracy przede wszystkim w tunelach, w których w trakcie eksploatacji pojawiają się większe różnice ciśnień oraz opory powietrza, co przekłada się na konieczność spełnienia określonych parametrów aerodynamicznych wagonów metra. Kolejną różnicą jest konstrukcja układów wentylacji i chłodzenia wagonów metra z uwagi na zakres temperatur oraz wilgotności, w których są eksploatowane. Ponadto, w przypadku wagonów metra, które operują w zamkniętych tunelach wymogi przeciwpożarowe są bardziej restrykcyjne niż dla EZT. Wagony metra to również odmienne rozwiązania techniczne i technologiczne w zakresie infrastruktury. Jako przykład można wymienić chociażby fakt, że wagony metra nie używają pantografów, urządzeniem służącym do utrzymania źródła zasilania jest tzw. odbierak prądu, który jest umiejscawiany na trzeciej sztywnej szynie wagonu metra. Wymaga to nie tylko wiedzy, ale również określonego doświadczenia przy projektowaniu wagonów metra, tak aby uwzględnić specyfikę tego rozwiązania. Jedną z najistotniejszych różnic pomiędzy wagonami metra a EZT jest ich eksploatacja. Wagony metra, z uwagi na specyfikę ich zastosowania (np. często występujące stacje oznaczają częste zatrzymywania się metra), zbliżone są do pojazdów tramwajowych, a nie do pojazdów kolejowych. Przekłada się to na częste fazy przyspieszenia i hamowania oraz używanie poszczególnych modułów i podzespołów wagonów metra z dużo większą częstotliwością niż w EZT (np. otwieranie drzwi). Powyższą specyfikę eksploatacji należy uwzględnić w planie utrzymania oraz w szczególności przy projektowaniu wagonów metra.

Zdaniem Odwołującego, różnice pomiędzy EZT a wagonami metra, stanowiącymi przedmiot zamówienia są na tyle istotne, że odwoływanie się w ogłoszeniu i w SIWZ do charakterystyki EZT nie powinno w ogóle mieć miejsca w przypadku zamówienia dotyczącego dostawy wagonów metra. Posługiwanie się EZT może mieć miejsce wyłącznie w celu przedstawienia wielości różnic pomiędzy oboma tymi produktami, zastosowanymi technologiami czy procesami produkcji. W konsekwencji, stawianie wobec wykonawcy warunku w postaci doświadczenia w produkcji EZT jest całkowicie chybione i błędne. Doświadczenie w produkcji EZT ze względu na różnice, o których mowa powyżej, nie może stanowić jakiegokolwiek wyznacznika dla niezbędnego, posiadanego przez wykonawcę doświadczenia zawodowego mającego znaczenie dla produkcji wagonów metra. Właściwym i uzasadnionym warunkiem, który mógłby w jakimkolwiek stopniu weryfikować umiejętności i doświadczenie zawodowe wykonawcy, byłby warunek posiadania doświadczenia w produkcji taboru metra. Tak skonstruowany warunek był w poprzednim postępowaniu

dotyczącym produkcji wagonów metra z 2010 r. (zamówienie nr ...). Przedmiotem nowego zamówienia, tak jak miało to miejsce w 2010 r. są nadal wagony metra, przedmiot zamówienia co do zasady nie uległ zmianie na EZT. W konsekwencji zupełnie bezzasadnym jest postawienie warunku w postaci uprzedniej produkcji przez wykonawcę pojazdów EZT. Zmiana warunku dotyczącego doświadczenia w produkcji, tj. z posiadanego doświadczenia w produkcji taboru metra na posiadanie doświadczenia w postaci produkcji EZT faworyzuje z jednej strony podmioty, które posiadają doświadczenie w produkcji EZT, z drugiej zaś strony podmioty, które nie posiadają doświadczenia w produkcji metra.

W ocenie Odwołującego obecna konstrukcja warunku prowadzi potencjalnie do wyboru wykonawcy, który nie posiada odpowiednich umiejętności i doświadczenia do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Produkcja wagonów metra jest na tyle wyspecjalizowanym i skomplikowanym technologicznie procesem, że nawet najmniejsza różnica w specyfikacji przedstawionej w zamówieniu w stosunku do dostarczonego przez wykonawcę produktu może zniweczyć osiągnięcie wspólnego celu stron kontraktu. Nie można w sposób dowolny decydować o wymogach co do potencjalnego producenta wagonów metra, wymogi te powinny mieć swoje logiczne uzasadnienie i powinny być wewnątrznie spójne. W przeciwnym wypadku można uznać, że wymogi stawiane potencjalnym wykonawcom są skonstruowane w sposób wybiórczy i dowolny i mogą prowadzić do nieuzasadnionego różnicowania podmiotów na rynku. Warunek w obecnym brzmieniu dyskwalifikuje wykonawców posiadających doświadczenie w produkcji wagonów metra, którzy jednakże nie posiadają doświadczenia w produkcji EZT.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, przy czym zachowanie uczciwej konkurencji powinno być oceniane przez pryzmat przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 3 ust. 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego polegające na postawieniu warunku nie przystającego do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuprawiony i nieuzasadniony różnicuje potencjalnych wykonawców, co ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego powyżej.

2. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 6.1. OWU, wykonawca jest odpowiedzialny i ponosi wszelkie koszty z tytułu strat materialnych powstałych w związku z wykonywaniem Przedmiotu Zamówienia, chyba że powstanie szkód nastąpiło z winy Zamawiającego, bądź jest skutkiem siły wyższej. Natomiast zgodnie z art. 471 kodeksu cywilnego, dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Jest to zatem odpowiedzialność na zasadzie winy. Postanowienie pkt 6.1 OWU jest odejściem od zasady winy i określeniem odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka. Zgodnie bowiem z tym postanowieniem, bez względu na brak winy po stronie wykonawcy w braku wykonania lub w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania, ponosi on odpowiedzialność za szkody powstałe w związku z wykonywaniem Przedmiotu Zamówienia, w każdym w zasadzie przypadku, z wyjątkiem szkody powstałej z winy Zamawiającego oraz na skutek siły wyższej. A zatem, nie dość że wina czy brak winy po stronie wykonawcy byłaby okolicznością irrelevantną dla powstania jego odpowiedzialności za szkodę, to jeszcze dodatkowo wykonawca odpowiadałby także za działania osób trzecich.

Odwołujący podniósł, że w realiach stosunków gospodarczych reżim odpowiedzialności kontraktowej oparty na zasadzie ryzyka jest sytuacją absolutnie wyjątkową, a wręcz niespotykaną. W niniejszym przypadku mamy do czynienia z umową dostawy. W umowach tego typu przyjmuje się co do zasady, że wykonawca wykonując swoje zobowiązanie odpowiada wyłącznie za swoje działania i zaniechania (tj. na zasadzie winy), nie zaś na zasadzie ryzyka opisanej powyżej. Być może – co nie wynika jednak z treści OWU – rzeczywistą intencją Zamawiającego nie było rozszerzenie odpowiedzialności za realizację przedmiotu zamówienia, czyli dostawy pociągów metra, w oparciu o zasadę ryzyka, a jedynie stworzenie niezależnej od odpowiedzialności kontraktowej na zasadzie winy w zakresie realizacji dostaw, podstawy odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka, lecz wyłącznie w odniesieniu do ewentualnej straty w majątku Zamawiającego, poniesionej w wyniku eksploatacji dostarczonych przez wykonawcę wagonów metra, np. gdyby doszło do uszkodzenia infrastruktury Zamawiającego przez wadliwie działający produkt. Ponadto, zdaniem Odwołującego, w pkt 6.1. i pkt 6.2. OWU Zamawiający posługuje się w sposób niejasny pojęciami straty materialnej i szkody, które na gruncie kodeksu cywilnego są to dwoma różnymi pojęciami, zaś ich wymienne traktowanie, prowadzi do nieporozumień.

Zdaniem Odwołującego, zdefiniowanie podstaw odpowiedzialności Wykonawcy na gruncie OWU nie jest określone w sposób jednoznaczny i przejrzysty, co powoduje, że uszczerbku doznaje zasada przejrzystości, o której mowa w art. 7 ustawy Pzp.

3. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Harmonogramie dostaw taboru metra, stanowiącym Załącznik nr 9 do Specyfikacji Technicznej określił, że wykonawca będzie zobowiązany do pierwszej dostawy przedmiotu zamówienia w ciągu 20 miesięcy od dnia podpisania umowy, a do uzyskania Świadectwa Dopuszczenia do Eksploatacji Typu Pojazdu Kolejowego w Urzędzie Transportu Kolejowego w ciągu 23 miesięcy od dnia podpisania Umowy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą jednostka notyfikowana do wykonania badań i wydania certyfikatów zgodności, wykonuje powyższe w przeciągu około 6 miesięcy, natomiast Urząd Transportu Kolejowego obowiązany jest rozpatrzenia wniosku o wydanie Świadectwa Dopuszczenia do Eksploatacji w ciągu 2 miesięcy od złożenia wniosku. Zatem łączny czas niezbędny do uzyskania Świadectwa Dopuszczenia do Eksploatacji wynosi co najmniej 8 miesięcy od dnia dostawy. Ponadto, czas dostawy pojazdów w ciągu 20 miesięcy od podpisania umowy jest również zbyt krótki. Z wieloletniego doświadczenia Odwołującego jako producenta taboru kolejowego, w tym również pojazdów metra wynika, że realny termin na dostawę wagonów metra wynosi 24 miesiące od dnia podpisania umowy. Terminy wskazane przez Zamawiającego są nierealne do spełnienia.

Odwołujący wskazał, że w ramach poprzedniego przetargu na dostawę wagonów metra z 2010 r. Zamawiający zawarł z ówczesnym wykonawcą (konsorcjum, którego liderem była S. Sp. z o.o.), umowę dostawy, w wykonaniu której wykonawca dostarczył pierwsze wagony metra w grudniu 2012 r. a świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego uzyskał w dniu 24 września 2013 r., tj. po ponad 31 miesiącach od podpisania umowy (umowa została podpisana w lutym 2011 r.) i po 11 miesiącach od dnia dostawy. Zamawiający bezpodstawnie zakłada zatem, że proces uzyskania w/w świadectwa w obecnym przypadku będzie krótszy.

W ocenie Odwołującego, stawianie wymogów niemożliwych do spełnienia może powodować, że niektóre z podmiotów biorących udział w postępowaniu przetargowym bezpodstawnie zadeklarują, że są w stanie spełnić wymogi dotyczące terminów. Takie działanie powoduje przekłamanie co do rzeczywistych możliwości producentów wagonów metra, stawiając tym samym pozostałe podmioty, które realnie oceniły możliwości dotrzymania terminów automatycznie w gorszej pozycji, co z kolei może prowadzić do nieuzasadnionego różnicowania podmiotów biorących udział w postępowaniu i w konsekwencji naruszać zasadę konkurencyjności określoną w art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- zmiany treści Ogłoszenia oraz SIWZ poprzez doprecyzowanie, że wykonawca powinien wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał i przekazał do eksploatacji co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum trzech wagonów każdy, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji,
- zmiany treści Ogłoszenia oraz SIWZ poprzez określenie w przejrzysty sposób zasady odpowiedzialności wykonawcy,
- zmiany treści Załącznika nr 9 do Specyfikacji Technicznej poprzez wydłużenie terminu dostawy przedmiotu zamówienia oraz terminu uzyskania Świadectwa Dopuszczenia do Eksploatacji Typu Pojazdu Kolejowego.

Sygn. akt KIO 1091/17

W dniu 29 maja 2017 r. wykonawca N. S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp art. 22 ust. 1a ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i art. 353¹ i art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp.

1. Odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ Zamawiający zawarł warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej w postaci wskaźnika bieżącej płynności. Zdaniem Odwołującego, warunek ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący podniósł, że analiza wskaźnikowa jest tylko jednym z elementów oceny kondycji finansowej przedsiębiorstwa. Określenie sytuacji finansowej przedsiębiorcy na podstawie analizy wskaźnikowej wymaga zestawienia kilkunastu wskaźników łącznie. Biegli rewidenci w opiniach z badania sprawozdania finansowego badając kondycję finansową przedstawiają zwykle przedstawiają minimum 10 wskaźników. Dodatkowo dokonując analizy wskaźnikowej należy objąć strukturę rachunku zysków i strat, bilansu oraz sprawozdania z przepływów pieniężnych oraz dynamikę zmian zachodzących w poszczególnych pozycjach. Ponadto konieczne jest przeanalizowanie not szczegółowych wyjaśniających pozycje prezentowane w sprawozdaniach finansowych. Zastosowanie w SIWZ wyłącznie jednego wskaźnika nie pozwala w żaden wiarygodny sposób ocenić sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Wskaźnik bieżącej płynności analizowany w oderwaniu od pozostałych danych finansowych przedsiębiorcy w żaden sposób nie oddaje realnej kondycji finansowej przedsiębiorcy. W szczególności, zastosowanie tego rodzaju wskaźnika nie pozwala ocenić czy wykonawca posiada zdolność do sfinansowania realizacji przedmiotu

zamówienia. Wskaźnik ten może być sam w sobie ukształtowany podejmowanymi decyzjami biznesowymi i prowadzoną polityką inwestycyjną, które w żaden sposób nie wpływają negatywnie na sytuację finansową przedsiębiorcy, w tym zdolność do zaciągania i wykonywania zobowiązań. Z powyższych względów przewidziany przez Zamawiającego wskaźnik bieżącej płynności należy uznać za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że warunek udziału w postępowaniu w obecnym brzmieniu prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, wyklucza bowiem z postępowania Odwołującego, który przedmiotowego warunku nie spełnia. Wskazał, że znajduje się w stabilnej sytuacji, finansowej i dysponuje potencjałem finansowym do wykonania zamówienia. Odwołujący, z racji prowadzenie działalności w formie spółki publicznej, publikuje kwartalnie wszelkie dane finansowe, a raporty roczne Odwołujące są badane przez biegłego rewidenta. Opublikowane sprawozdanie finansowe za rok 2016 wykazuje zysk netto na poziomie 38 mln zł, przy czym był to rok był trudny dla całej branży kolejowej ze względu na opóźnienia się ogłaszania postępowań przetargowych finansowych ze środków UE w ramach nowej perspektywy finansowej. Odwołujący jest w stanie wykazać się spełnieniem postawionego przez Zamawiającego w pkt 5.2.1 ppkt 1 warunku w postaci osiągnięcia przychodów w wysokości 500 mln zł, dysponuje również zdolnością kredytową na potrzeby ewentualnego wykonania zamówienia udzielonego na podstawie niniejszego postępowania. W ostatnich trzech latach Odwołujący dostarczył na rynku polskim kilkaset pojazdów szynowych o napędzie elektrycznym, w tym elektrycznych zespołów trakcyjnych oraz pojazdów metra, w tym wykonał w konsorcjum ze spółkami z grupy S. dostawę 35 pojazdów do obsługi II linii metra w W. Odwołujący spełnia zatem postawione przez Zamawiającego warunku w zakresie zdolności technicznych/zawodowych i pozostaje jednym z głównych potencjalnych konkurentów w postępowaniu. Pozbawienie Odwołującego możliwości udziału w postępowaniu prowadziłoby do istotnego i nieuzasadnionego uczciwej ograniczenia konkurencji. Przedmiotowe ograniczenie nie miałoby przy tym jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, ponieważ Odwołujący dysponuje potencjałem finansowym w celu wykonania zamówienia, a sytuacja finansowa Odwołującego daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

2. Odwołujący wskazał, że w § 8 ust. 1 lit. c ogólnych warunków umowy Zamawiający podał, że posiadane przez wykonawcę ubezpieczenia na sumę minimum 100.000.000 zł nie powinno zawierać podlimitu dla produktu/usługi. Zdaniem Odwołującego, tego rodzaju postanowienie jest nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, ponieważ przedmiotem umowy jest dostawa 37 pojazdów, z których każdy stanowi integralną całość. Z tego względu, zakaz podlimitu dla danego produktu nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego.

Odwołujący podniósł, że brak jest również racjonalnego uzasadnienia dla wymagania określonego w § 8 ust. 1 lit. g ogólnych warunków umowy, określającego zakres terytorialny ubezpieczenia na co najmniej cały świat bez U. i K. oraz ich terytoriów zależnych. Przedmiotem umowy są pojazdy dla celów M. W., co oznacza, że dostawa zostanie wykonana w Polsce, w konkretnej lokalizacji, trudno zatem wyjaśnić z jakiego powodu wykonawcy miałyby zapewniać ubezpieczenie OC z takim zasięgiem terytorialnym.

W ocenie Odwołującego, przedmiotowe postanowienia są sprzeczne z istotą stosunku zobowiązaniowego – umowy dostawy, ponieważ nakładają na wykonawcę zobowiązania niemające związku z przedmiotem świadczenia. Ponadto tego rodzaju wygórowane wymogi w zakresie ubezpieczenia OC wykonawców mogą istotnie ograniczyć zakres konkurencji, ponieważ spełnienie wymagań może okazać się niemożliwe lub tak kosztowne, że złożenie oferty stanie się nieuzasadnione ekonomicznie. Wskazane postanowienia są ponadto wysoce niejednoznaczne. Przykładowo określenie *co najmniej cały świat bez U. i K. oraz ich terytoriów zależnych* może rodzić wątpliwości interpretacyjne w zakresie kryteriów kwalifikacji określonych terytoriów jako terytoriów zależnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- usunięcia punktu III.1.2 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.1 ppkt 2 SIWZ, ewentualnie ich zmiany, poprzez zastąpienie warunku wykazania się wskaźnikiem bieżącej płynności warunkiem wykazania się zdolnością kredytową nie mniejszą niż 50 mln zł,
- usunięcia § 8 ust. 1 lit. c i g załącznika nr 10 do SIWZ, ewentualnie ich zmiany, poprzez dopuszczenie zastosowania podlimitu na produkt i usługę oraz określenie wymaganego zakresu terytorialnego jako terytorium kraju dostawy i kraju siedziby wykonawcy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 maja 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Sygn. akt: KIO 1081/17, KIO 1091/17

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1081/17 zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów ustawy poprzez ustanowienie wymogu dotyczącego wskaźnika bieżącej płynności finansowej. W zakresie analogicznego zarzutu zasługuje na uwzględnienie odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1091/17.

Izba ustaliła, że w punkcie 5.2.1. SIWZ Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej:

- ppkt 1 SIWZ: wykonawca musi wykazać roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie rachunku zysków i strat pozycja – Przychody netto ze sprzedaży i zrównane z nimi przy wariancie porównawczym lub – Przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów przy wariancie kalkulacyjnym) w wysokości nie mniejszej niż 500 mln PLN;
- ppkt 2 SIWZ: wykonawca musi wykazać wskaźnik bieżącej płynności za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie bilansu pozycja B. Aktywa obrotowe, pozycja B.HI Zobowiązania krótkoterminowe, pozycja B.I 2,3- rezerwy krótkoterminowe) w wysokości nie mniejszej niż 1,2. Wyliczenie powinno nastąpić zgodnie z poniższym wzorem: $WBP = (AO - N12) / (ZK - Z12)$, gdzie: WBP – wskaźnik bieżącej płynności, AO – aktywa obrotowe, N12 – należności z tytułu dostaw i usług powyżej 12 miesięcy, ZK – zobowiązania krótkoterminowe, Z12 – zobowiązania z tytułu dostaw i usług powyżej 12 miesięcy.

Odnosząc się do tak określonego warunku w pierwszej kolejności wskazać należy, że opisanie warunków udziału w postępowaniu należy do kompetencji Zamawiającego, który w wykonywaniu tej kompetencji ograniczony jest przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości) oraz art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, (stanowiącego, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od

wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności).

Oceniając kwestię proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu warunków udziału w postępowaniu, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Problemem, jaki powstaje na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu, powinien być w stanie przedstawić racjonalne i obiektywnie uzasadnione wyjaśnienie, dlaczego dany warunek uznał za niezbędny oraz wykazać, w jaki sposób zapewni on dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców znajdujących się w sytuacji pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający określił warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej w taki sposób, że niektórzy z wąskiego kręgu wykonawców produkujących tabor szynowy, zostaliby pozbawieni możliwości udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający nie potrafił należycie wyjaśnić, dlaczego określony przez niego wskaźnik bieżącej płynności finansowej jest tym, od czego należy uzależniać możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w sposób bardzo ogólny i teoretyczny odniósł się do wartości takiego wskaźnika dla określania zdolności płatniczej przedsiębiorcy oraz przywołał poglądy doktryny dotyczące optymalnej (uśrednionej dla ogółu przedsiębiorców) wartości tego wskaźnika i podniósł, że ustalona przez niego wartość plasuje się w dolnych rejestrach skali wyznaczonej w piśmiennictwie. Jednocześnie Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na

rozprawie nie wykazał znaczenia takiego wskaźnika dla celów postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób ustalił, że wymagana wysokość wskaźnika 1,2 jest tą wartością, która powinna być uznana za minimum gwarantujące zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Co więcej, Zamawiający wprost przyznał, że nie dokonał analizy kwestii wysokości tego wskaźnika z uwzględnieniem specyfiki branży producentów taboru szynowego, a jedynie gołosłownie oświadczył, że branża, w której działa przedsiębiorca, nie jest istotnym czynnikiem determinującym wysokość uzyskiwanych wskaźników płynności finansowej. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że chociażby rodzaj aktywów obrotowych, których wartość przekłada się na wskaźnik bieżącej płynności finansowej, różni się w zależności od branży, w której działa przedsiębiorca (innego rodzaju aktywa obrotowe występują w przypadku producenta pojazdów szynowych, a inne w przypadku przedsiębiorców z innych branż). Zamawiający nie wykazał też, aby różnice takie nie występowały w zakresie rodzajów należności czy zobowiązań oraz wahań ich poziomu w trakcie roku obrotowego.

Zamawiający nie przedstawił również uzasadnienia, które potwierdzałyby, że wymagany wskaźnik, w oderwaniu od innych danych z zakresu analizy ekonomiczno-finansowej przedsiębiorstwa, może stanowić samodzielną podstawę oceny kondycji finansowej wykonawcy, zwłaszcza że jest to wskaźnik obrazujący płynność finansową nie w danym okresie sprawozdawczym, ale na konkretny dzień, tj. na dzień bilansowy, zatem żądając określonego poziomu wskaźnika za ostatnie trzy lata obrotowe Zamawiający uzyskałby de facto informacje o wysokości tego wskaźnika według stanu na trzy kolejne dni bilansowe.

Nie sposób uznać za przekonujące wyjaśnień Zamawiającego, że wprowadzenie przedmiotowego wymogu usprawiedliwione jest długim okresem realizacji przedmiotu zamówienia i zamiarem wypłaty zaliczek w wysokości 10% wartości przedmiotu zamówienia, w związku z czym konieczne jest wyeliminowanie ryzyka wystąpienia po stronie wykonawcy krótkoterminowej niewypłacalności. Jakkolwiek Zamawiający ma niekwestionowane prawo i możliwość zabezpieczenia się przed takim ryzykiem, to w przedmiotowej sprawie nie wykazał on, że wymóg określony w punkcie 5.2.1 ppkt 2 SIWZ rzeczywiście pozwala ocenić potencjał finansowy wykonawcy pod kątem realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba nie oceniła merytorycznie podniesionej przez wykonawcę S. kwestii dotyczącej braku precyzji spornego warunku w zakresie uwzględniania rezerw krótkoterminowych przy ustalaniu wskaźnika bieżącej płynności finansowej. Kwestia ta, podniesiona podczas rozprawy, nie była objęta zakresem faktycznym zarzutu sformułowanego w odwołaniu, a zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że skoro na

str. 3 w pkt 1 odwołania przytoczył brzmienie zaskarżonego warunku, włącznie z wzorem i sformułował zarzut, że nie zapewnia on uczciwej konkurencji, to jest on uprawniony do podniesienia kwestii rezerw krótkoterminowych jako konkluzji wynikającej w przedłożonego materiału dowodowego. Odnosząc się do tego stanowiska podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty, które muszą być skonkretyzowane w terminie na wniesienie odwołania. Zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy, zatem niedopuszczalne jest uzupełnianie podstaw faktycznych zarzutu dopiero podczas rozprawy. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w G. z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołujących dowodów stwierdzić należy, że nie mają one istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zestawienia innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych czy dokumentacja z tych postępowań nie mogą przesądzać kwestii prawidłowości ustalenia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w niniejszym postępowaniu, warunek taki podlega bowiem ocenie w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia, a fakt nieistnienia analogicznych warunków w innych postępowaniach na dostawę pojazdów szynowych nie może być uznany za dowód niezgodności takiego warunku z przepisami ustawy. Nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy są również złożone przez Odwołujących dokumenty mające potwierdzać ich dobrą sytuację finansową (referencje dotyczące realizacji innych umów, sprawozdania finansowe, opinia biegłego rewidenta, potwierdzenia niezalegania z regulowaniem zobowiązań publicznoprawnych), sytuacja finansowa konkretnych wykonawców nie jest bowiem przedmiotem oceny w niniejszej sprawie. Złożone przez wykonawcę S. opracowanie B. Sp. z o.o. może być natomiast potraktowane wyłącznie jako stanowisko strony dotyczące kwestii przydatności stosowania wskaźnika bieżącej płynności finansowej. Niezależnie jednak od nieprzydatności dowodów złożonych przez Odwołujących stwierdzić należy, że to Zamawiający – jako autor spornych postanowień – powinien uzasadnić i wykazać, że ustanowiony przez niego warunek rzeczywiście służy celom postępowania o udzielenie

zamówienia i nie zmierza do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Skoro sporny warunek ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, a Zamawiający – jak już wyżej wskazano – nie był w stanie objaśnić tak kwestii samego zastosowania wskaźnika bieżącej płynności finansowej, jak i jego wysokości, Izba nie mogła uznać, że tak określony warunek służy rzeczywiście zagwarantowaniu dopuszczenia do postępowania wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie.

Należy więc stwierdzić, że warunek został opisany z naruszeniem art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w związku z czym odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegały uwzględnieniu.

Nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony przez Odwołującego Newag zarzut dotyczący postanowień Ogólnych Warunków Umowy odnoszących się do zakresu przedmiotowego i terytorialnego ubezpieczenia OC.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 8.1 OWU, wykonawca jest zobowiązany przez cały czas realizacji zamówienia (obowiązania umowy) posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadanego mienia w zakresie szkód i ich następstw wyrządzonych osobom trzecim, z uwzględnieniem m.in. następujących warunków:

- ppkt 1.c wykonawca jest obowiązany posiadać ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z włączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonane usługi (bez podlimitu na te ryzyka),
- ppkt 1.g OWU: zakres terytorialny ubezpieczenia – co najmniej cały świat bez USA i Kanady oraz ich terytoriów zależnych.

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienia są niezgodne z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ i art. 58 § 1 i 2 Kc.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Art. 29 ust. 2 ustawy stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przywołane przez Odwołującego przepisy Kc stanowią:

- Art. 353¹ Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
- Art. 58. § 1 Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2 Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia w zaskarżonym zakresie nie narusza przywołanych wyżej przepisów.

Po pierwsze stwierdzić należy, przedmiot ten został określony jednoznacznie i wyczerpująco, nie ma bowiem żadnych wątpliwości co do tego, jakie są obowiązki wykonawcy dotyczące posiadania ubezpieczenia OC. Odwołujący nie wykazał również, aby przedmiot zamówienia nie określał jakichkolwiek wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Za niezgodność z art. 29 ust. 1 nie może być uznana okoliczność, że Zamawiający wymaga ubezpieczenia bez podlimitu na dostawy i usługi oraz o dużym zasięgu terytorialnym. W odniesieniu do zarzucanej niejednoznaczności określenia „terytoria zależne” U. i K. należy wskazać, że chociaż określenie to nie zostało w formalny sposób zdefiniowane, to jest ono powszechnie używane na określenie terytoriów będących w zależności politycznej od danego państwa, a Odwołujący nie wskazał, na czym konkretnie mogą polegać wątpliwości i w czym upatruje ewentualnych problemów interpretacyjnych. Nie wiadomo jakich terytoriów mogą dotyczyć problemy z ich zakwalifikowaniem do terytoriów zależnych, a skoro zaskarżone postanowienie odnosi się do terytoriów zależnych dwóch wskazanych z nazwy państw, Odwołujący powinien wskazać konkretne źródło ewentualnych wątpliwości. Odwołujący nie wskazał również, na czym miałyby polegać ewentualne utrudnienie konkurencji, nie zostało wykazane, aby przedmiotowe postanowienia OWU różnicowały w jakikolwiek sposób sytuację poszczególnych wykonawców czy też ograniczały krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie.

Nie sposób również dopatrzeć się w zaskarżonych postanowieniach naruszenia art. 385¹ Kc i art. 58 ust. 1 i 2 Kc. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym

możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie może stanowić sam w sobie o przekroczeniu zasady swobody umów. Odwołujący powołał się na bliżej nieokreśloną sprzeczność kwestionowanych postanowień z istotą stosunku zobowiązaniowego oraz na ograniczenie konkurencji, nie przedstawił jednak żadnego szerszego wywodu mającego uzasadniać taką tezę. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że wprowadzenie do umowy zaskarżonych postanowień jest sprzeczne z jakimkolwiek przepisem ustawowym albo ma na celu obejście ustawy.

Należy przy tym zauważyć, że Odwołujący pominął tę istotną okoliczność, że wymagane ubezpieczenie dotyczy ogólnie prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, nie musi to być ubezpieczenie dedykowane dla tego konkretnego kontraktu. W związku z tym twierdzenia, że wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bo przedmiot ten obejmuje 37 pojazdów, nie sposób uznać za uzasadnione. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, szkody wynikające z wadliwości produktu lub wykonanej usługi stanowią ryzyko podstawowe, związane z potencjalnymi szkodami na osobach, jak również szkodami seryjnymi, które mogą powstać od zawarcia umowy do upływu okresu rękojmi i gwarancji. Nie ma więc podstaw do stwierdzenia, że taki zakres ubezpieczenia nie ma oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1084/17

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W niniejszej sprawie Izba nie stwierdziła, aby zaskarżone postanowienia SIWZ naruszały przepisy prawa.

Izba ustaliła, że w punkcie 5.2.2 ppkt 1 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców udokumentowania, że posiadają niezbędne doświadczenie w produkcji taboru szynowego, tj. wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali i przekazali do eksploatacji, co najmniej 10 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, złożonych z minimum 3 wagonów każdy, z których co najmniej dla jednego składu wagonów lub dla każdego z wagonów wykonawca uzyskał dokument potwierdzający dopuszczenie danego typu wagonów do eksploatacji na obszarze Unii Europejskiej. Zamawiający podał, że przez pojęcie „składu wagonów” należy rozumieć fabrycznie nowy elektryczny zespół trakcyjny złożony z minimum 3 wagonów.

Zdaniem Odwołującego wymaganie od wykonawcy doświadczenia w wykonaniu elektrycznych zespołów trakcyjnych narusza przepis art. 7 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że elektryczne zespoły trakcyjne i wagony metra to dwa różne typy produktów. Podniósł, że obecny warunek dyskwalifikuje wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w produkcji wagonów metra, a nie posiadają doświadczenia w produkcji EZT, z czym nie sposób się zgodzić. Choć niewątpliwie występują pewne różnice pomiędzy pojazdami przeznaczonymi do eksploatacji na różnych trasach, w tym między pociągiem metra a np. pojazdem przeznaczonym na trasy dalekobieżne, to niczym nieoparte jest twierdzenie, jakoby wagon metra i elektryczny zespół trakcyjny były pojęciami rozłącznymi. Wniosku takiego nie można wyprowadzić z przepisów ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, która obejmuje zakresem swojej regulacji również pojazdy metra, zawierające się w definicji pojazdu kolejowego określonej w art. 4 pkt 6 ustawy, a jedynie stosowanie niektórych przepisów tej ustawy jest w stosunku do metra wyłączone (art. 3 ust. 7).

Nieprawidłowość tezy Odwołującego potwierdza chociażby fakt, że w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia został określony jako „Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w W.”, czego Odwołujący nie zakwestionował. Wagony metra należy uznać za rodzaj elektrycznych zespołów trakcyjnych, skonfigurowany w sposób adekwatny do ich przeznaczenia. W związku z tym wykonawca posiadający doświadczenie w produkcji wagonów metra jest w stanie wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, co zostało przyznane podczas rozprawy przez Zamawiającego.

O zasadności twierdzeń Odwołującego w żaden sposób nie świadczą złożone przez niego dowody w postaci referencji, w których treści posłużono się określeniem „wagony metra” czy materiałów marketingowych, w których wagony metra przedstawiane są jako grupa pojazdów odrębna od pociągów przeznaczonych do innych celów. Fakt, że pojazdy metra są grupą pojazdów, która ze względu na swoje konkretne przeznaczenie jest

wyodrębniana od innych grup, co znajduje odzwierciedlenie w wystawianych referencjach czy w informacjach producenta, nie uprawnia do wniosku, że nie są one elektrycznymi zespołami trakcyjnymi. W związku z powyższym należy stwierdzić, że tak ukształtowany warunek nie ogranicza konkurencji.

Należy natomiast stwierdzić – co najistotniejsze w przedmiotowej sprawie – że to właśnie zarzut odwołania ukierunkowany był nie tyle na zapewnienie możliwości udziału w postępowaniu producentom wagonów metra (jak wyżej wskazano udział taki jest możliwy przy obecnym brzmieniu warunku), ale właśnie na ograniczenie kręgu wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu, poprzez wyeliminowanie tych, którzy posiadają doświadczenie w produkcji elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu na innych rodzajach linii kolejowych niż metro. Odwołujący domagał się takich zmian w SIWZ, które doprowadzą do wyeliminowania z postępowania niektórych konkurencyjnych wobec niego wykonawców. Takie dążenie Odwołującego nie może korzystać z ochrony prawnej, zwłaszcza wobec niewykazania, że wykonawca mający doświadczenie w produkcji elektrycznych zespołów trakcyjnych nie jest zdolny do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący przedstawił w odwołaniu kilka gołosłownych twierdzeń na temat różnic między tymi rodzajami pojazdów, jednocześnie nie wykazując w żaden sposób, że doświadczenie w produkcji szeroko rozumianych elektrycznych zespołów trakcyjnych jest niewystarczające. Dodatkowo, ze stanowiska Odwołującego zdaje się wynikać nieuzasadniona teza, jakoby doświadczenie wykazywane w ramach warunków udziału w postępowaniu musiało być tożsame z przedmiotem zamówienia. Tymczasem przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp mówi o warunkach proporcjonalnych (tj. niebędących nadmiernymi) oraz umożliwiających ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący postanowienia pkt 6.1 OWU, które zdaniem Odwołującego jest niezgodne z art. 7 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 6.1 OWU wykonawca jest odpowiedzialny i ponosi wszelkie koszty z tytułu strat materialnych powstałych w związku z wykonywaniem Przedmiotu Zamówienia, chyba że powstanie szkód nastąpiło z winy Zamawiającego, bądź jest skutkiem Siły Wyższej.

Odwołujący podniósł, że przytoczone wyżej postanowienie stanowi rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy i jest nieprzejryste.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom pełnomocnika Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, literalne brzmienie zaskarżonego postanowienia odwołuje się do

odpowiedzialności kontraktowej, mówi bowiem o szkodach związanych z wykonywaniem przedmiotu zamówienia. Opierając się na literalnym brzmieniu tego postanowienia, które było przedmiotem zarzutu, Izba nie dopatrywała się naruszenia przepisów prawa. Wskazać należy, że zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Niemniej jednak przywołany przepis art. 471 Kodeksu cywilnego nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Należy więc stwierdzić, że wynikająca z Kodeksu cywilnego ogólna reguła odpowiedzialności na zasadzie winy może być wolą stron rozszerzona, przez objęcie obowiązkiem naprawienia szkody również okoliczności przez wykonawcę niezawinionych. Należy przy tym mieć na uwadze specyfikę umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, w przypadku których zamawiający wyposażony został w większą możliwość określania zasad realizacji umowy. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy (a za takie należy uznać m.in. postanowienia określające odpowiedzialności wykonawcy) i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu, a skorzystanie przez zamawiającego z przyznanej ustawą kompetencji nie oznacza naruszenia przepisów prawa. Odwołujący natomiast nie przedstawił argumentacji, która świadczyłaby o wystąpieniu takiego naruszenia, nie wskazał, na czym konkretnie miałyby ono polegać, wywodząc to naruszenie jedynie z samego faktu rozszerzenia odpowiedzialności również na okoliczności przez wykonawcę niezawinione. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że przedmiotowe postanowienie OWU narusza zasadę przejrzystości, z czym nie można się zgodzić, zważywszy że literalne brzmienie punktu 6.1 OWU wprost określa zakres odpowiedzialności wykonawcy.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że interpretacja, czy umowa w rzeczywistości skutecznie rozszerza odpowiedzialność wykonawcy na okoliczności przez niego niezawinione, może być ustalana w przypadku powstania sporu na etapie realizacji umowy, z uwzględnieniem zasad wykładni oświadczeń woli określonych w art. 65 Kc. Nie

jest rolą Izby dokonywanie – na etapie postępowania o udzielenie zamówienia – interpretacji, czy sformułowania zamieszczone w OWU w istocie stanowią skuteczne rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy.

Niezasadny jest zarzut dotyczący terminu dostawy pierwszego pojazdu oraz terminu przedstawienia świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu.

Izba ustaliła, że zgodnie z załącznikiem nr 9 do Specyfikacji Technicznej, Zamawiający wymaga wykonania dostawy nr 1 obejmującej 1 pojazd w terminie 20 miesięcy od podpisania umowy. Przekazanie terminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu (dot. wszystkich dostaw) ma nastąpić do końca 23 miesiąca od podpisania umowy, natomiast świadectwa stałego – do końca 35 miesiąca od podpisania umowy.

Przedmiotowy zarzut został oparty w głównej mierze na twierdzeniach, że w poprzednim postępowaniu termin dostawy oraz przekazania świadectwa dopuszczenia był dłuższy. Odnosząc się do tej argumentacji zauważyć należy, że Odwołujący nie wykazał, aby terminy w poprzedniej umowie były określone na minimalnym możliwym poziomie. Zamawiający wskazał, że nie miał wówczas potrzeby określenia krótszych terminów, a terminy te dostosował do realizacji II linii metra, nie zaś do możliwości wykonawców. Podkreślenia wymaga przy tym, że obowiązek dowodowy spoczywał na Odwołującym, który z tego obowiązku się nie wywiązał. Twierdzenia Odwołującego, jakoby niemożliwe było dostarczenie pierwszego pojazdu w ciągu 20 miesięcy i przedstawienie świadectwa dopuszczenia w ciągu 23, pozostały całkowicie gołosłowne, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że jest to niemożliwe. Dodatkowo Odwołujący pominął okoliczność, że zgodnie z SIWZ termin 23 miesięcy dotyczy przekazania terminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu, natomiast świadectwo stałe ma być dostarczone do końca 35 miesiąca od podpisania umowy. Odwołujący nie wykazał, aby procedura uzyskiwania świadectwa terminowego była na tyle długa, że niemożliwe jest zachowanie terminu.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że Odwołujący oparł zarzut na naruszeniu art. 7 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady konkurencyjności, wskazując, że zaskarżone postanowienia mogą spowodować bezpodstawne deklaracje innych podmiotów co do możliwości terminowego wywiązania się z obowiązków. Z taką tezą nie sposób się zgodzić. Gdyby przyjąć tok rozumowania Odwołującego, należałoby dojść do wniosku, że każdy wymóg Zamawiającego stanowi naruszenie konkurencyjności, zawsze bowiem istnieje teoretyczne ryzyko, że wykonawca mimo wcześniejszej deklaracji, nie spełni tego wymogu. Aby wykazać zasadność zarzutu Odwołujący musiałby udowodnić, że nie istnieje obiektywna

możliwość zachowania terminów narzuconych przez Zamawiającego, a tego – jak wyżej wskazano – Odwołujący nie uczynił.

Na marginesie jedynie zauważyć należy, że postanowienia załącznika nr 9 do Specyfikacji Technicznej dotyczące terminów nie zostały zaskarżone przez innych wykonawców, a w rozpatrywanej sprawie nie wpłynęły żadne przystąpienia po stronie Odwołującego, co dodatkowo podaje w wątpliwość tezę, że zachowanie tych terminów jest w praktyce niemożliwe z przyczyn obiektywnych, nie zaś z powodów dotyczących organizacji i możliwości produkcyjnych konkretnego wykonawcy.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1084/17 podlegało oddaleniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....