

POSTANOWIENIE
z dnia 11 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Członkowie: Ewa Sikorska
 Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 11 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę – **Modertrans Poznań Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Fortecznej 2 (61-362 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Bolesława Prusa 75-79 (50-316 Wrocław)

przy udziale:

- A. wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.** z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Zygmunta Augusta 11 (85-082 Bydgoszcz), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **Siemens Mobility Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żupniczej 11 (03-821 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- C. wykonawcy **Bozankaya Otomotiv Makina Imalat Ithalat ve Ihracat A.Ş.** z siedzibą w Ankarze przy Ahi Evran OSB Mah. Artuklular Sok. No: 3 A/2 Sincan (Republika Turcji), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy – **Modertrans Poznań Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp”, pn.: *Dostawa 25 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych z niezbędnym wyposażeniem dla MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu wraz z prawem opcji* (znak sprawy: KU.241/pn7_2020/AR), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 stycznia 2020 r., pod numerem 2020/S 020-045194.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Modertrans Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zwany dalej: „odwołującym” w dniu 24 lutego 2020 r. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu nadanym zmianą z 14 lutego 2020 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a Pzp poprzez określenie w pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9.1.3) oraz 2.1 lit. b) Części I SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, poprzez określenie, że: w postępowaniu, którego przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 25 (bez prawa opcji) sztuk fabrycznie nowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych zamawiający wymaga wykazania się dostawą 20 sztuk fabrycznie nowych elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, ale za elektryczne pojazdy szynowe w rozumieniu przyjętym w Ogłoszeniu Zamawiający uznał również: (a) metro (zgodnie z definicją pkt 9.1 ppkt 3 Części I SIWZ), (b) elektryczny zespół trakcyjny (zgodnie z definicją pkt 9.1 ppkt 3 Części I SIWZ) oraz (c) lokomotywę elektryczną (zgodnie z definicją pkt 9.1 ppkt 3 Części I SIWZ), a zatem środki transportu bez związku z przedmiotem zamówienia i inne niż przedmiot zamówienia; w rezultacie, sposób określenia warunku udziału w postępowaniu odnosi do miernika niezwiązanego z przedmiotem zamówienia (niskopodłogowe tramwaje), miernika nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia, a także miernika nie pozwalającego dokonać oceny

zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia

- 2) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9.1.3) i 11.2.1 lit.b) Części I SIWZ w sposób wewnętrznie sprzeczny, gdyż w punktach III. 1.3 Ogłoszenia oraz 9.1.3) Części I SIWZ Zamawiający wymaga wykazania w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert dostawy co najmniej 20 sztuk elektrycznych pojazdów szynowych (...), w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, ale z treści przywołanego warunku wynika również, że zamawiający uzna warunek za spełniony również w sytuacji, w której realizacja dostaw co najmniej 20 (dwudziestu) sztuk fabrycznie nowych, elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych tramwajów, zgodnie z opisem warunku, w ramach danego/danych kontraktu/ów rozpoczęła się przed okresem ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, ale zakończyła się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, to jest co najmniej 1 (jeden) elektryczny pojazd szynowy (lub tramwaj) w ramach danego kontraktu został dostarczony w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert

- treść warunku udziału w postępowaniu jest myląca, gdyż z jednego fragmentu treści wynika, iż w okresie 3 lat przed terminem składania ofert powinno zostać wykonana dostawa 20 sztuk elektrycznych pojazdów szynowych, w tym co najmniej 5 sztuk tramwajów, ale z innego fragmentu treści warunku udziału wynika, że w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert wystarczająca jest dostawa jednej sztuki elektrycznego pojazdu szynowego;

- treść warunku również jest nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia oraz nie pozwala ocenić zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, gdyż wykonanie dostawy np. lokomotyw elektrycznych (zgodnie z definicją pkt 9.1. ppkt 3 Część I SIWZ) lub elektrycznych zespołów trakcyjnych w okresie 3 lat przed terminem składania ofert nie świadczy o zdolności do należytego wykonania zamówienia na 25 (bez prawa opcji) sztuk fabrycznie nowych, wieloczlónowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych; w tym aspekcie, treść warunku jest nie tylko niespójna, nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia, ale również zakreślona poniżej minimalnego poziomu zdolności, o którym mowa w art. 22 ust. 1a *in fine* Pzp;

- 3) 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a Pzp poprzez określenie w pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9.1.3) Części I SIWZ, że w postępowaniu, którego warunkiem odbioru 25 (bez prawa opcji) sztuk fabrycznie nowych, wieloczlónowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych jest świadectwo

homologacji obowiązujące na terenie Rzeczypospolitej Polski, zamawiający zaniechał powiązania dostaw pojazdów z jakimkolwiek doświadczeniem wykonawcy w zakresie uzyskiwania homologacji na obszarze UE;

- 4) art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 1a Pzp poprzez określenie w pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9.1.3) Części I SIWZ, że w postępowaniu, którego warunkiem odbioru 25 (bez prawa opcji) sztuk fabrycznie nowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów jednokierunkowych jest świadectwo homologacji obowiązujące na terenie Rzeczypospolitej Polski, zamawiający zaniechał powiązania wykonania dostaw z realizacją ich w państwach stronach Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwach stronach umów międzynarodowych, których stroną jest Unią Europejską.

Na podstawie podniesionych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- nakazanie zamawiającemu, zmianę punktu III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9.1.3) SIWZ poprzez wskazanie, że warunek w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych spełni wykonawca jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienia polegające na dostawie do państwa strony Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub państwa strony innej umowy międzynarodowej w tym zakresie, których stroną jest Unia Europejska co najmniej 5 (pięciu) sztuk fabrycznie nowych, wieloczołowych, niskopodłogowych tramwajów elektrycznych, z których minimum jeden uzyskał dopuszczenie do ruchu (homologację) w dowolnym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Przy czym, poprzez tramwaj należy rozumieć pasażerski pojazd drogowy o miejscach siedzących dla więcej niż dziewięciu osób (łącznie z motorniczym), podłączony do przewodów elektrycznych, poruszający się po szynach;

a także nakazanie zamawiającemu dostosowania treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w tym pkt 11.2.1. lit. b) Części I SIWZ w zakresie dotyczącym wymaganych od wykonawców środków dowodowych przedkładanych w celu wykazania zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych stosownie do zmienionego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punktach III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9.1.3) Części I SIWZ oraz z uwzględnieniem wskazówek zawartych w uzasadnieniu wyroku Izby

- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz

Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, natomiast po stronie zamawiającego wykonawca – Bozankaya Otomotiv Makina Imalat Ithalat ve Ihracat A.Ş. z siedzibą w Ankarze.

W dniu 10 marca 2020 r. do sekretariatu Izby wpłynęło pismo odwołującego z dnia 6 marca 2020 r., zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania oraz wnioszek o zwrot 90% wpisu od odwołania.

Na skutek cofnięcia odwołania wypełniły się przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp (*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.*).

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

Dokonanie tej czynności przez odwołującego nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie wskazanego art. 187 ust. 8 Pzp i nakazała zwrot odwołującemu kwoty 13 500 zł 00 gr stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....