

Sygn. akt KIO/UZP 1053/09

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. ul. 28 czerwca 1956 r. 223/229, 60-965 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** protestu z dnia **8 lipca 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian w sekcji III punkt 2.3 podpunkt 2 ogłoszenia o zamówieniu 2009/S 120 – 175415 przez zamieszczenie po słowach „w tym okresie”: sformułowania o następującym brzmieniu – „należycie wykonali dostawy co najmniej 24 sztuk tramwajów przeznaczonych do przewozu osób”, nakazuje zamawiającemu przedłużenie terminu do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz uwzględnienie tej zmiany w sekcji III. 2.3 podpunkt 3.2 ogłoszenia.

2. Kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. ul. 28 czerwca 1956 r. 223/229, 60-965 Poznań**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** na rzecz **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. ul. 28 czerwca 1956 r. 223/229, 60-965 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. ul. 28 czerwca 1956 r. 223/229, 60-965 Poznań**.

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę nowego taboru tramwajowego dla MPK S.A. w Krakowie w ilości 24. sztuk, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2009/S 120-175415, z dnia 26 czerwca 2009 r. w dniu 9 lipca 2009 r. wobec treści tego ogłoszenia zawartej w podpunkcie 2. sekcji III punktu 2.3, został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez H. Cegielski-Fabrykę Pojazdów Szynowych Spółkę z o.o. z Poznania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu S.A. z siedzibą w Krakowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101), to jest:

a) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, przejawiające się tym, iż kwestionowane wymagania w nieuzasadniony sposób utrudniają uczciwą konkurencję, uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu większej ilości wykonawców, (w tym protestującemu), mających możliwości należytego wykonania zamówienia i posiadających niezbędną w tym celu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz dysponujących osobami zdolnymi do realizacji zamówienia;

b) § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, ze zm.), przy formułowaniu kwestionowanych wymagań, MPK SA Kraków założyło bowiem, że wykaz "dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiotowi zamówienia", których zażądać mógł zamawiający, w celu potwierdzenia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, stanowić mogą dostawy, których przedmiotem są tramwaje mające dokładnie te same cechy, co tramwaje będące przedmiotem zamówienia, a nie jakiegokolwiek inne tramwaje.

Odwołujący zażądał modyfikacji treści ogłoszenia w taki sposób, aby wymagania co do warunków udziału w postępowaniu, nie naruszały wskazanych wyżej przepisów, a w przypadku uznania przez zamawiającego, iż wad tych nie można poprawić na podstawie ustawy Pzp, odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący podnosił, co następuje.

H. Cegielski Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. już od ponad 87 lat jest cenionym producentem pojazdów szynowych, przeznaczonych na polski rynek, jak również i na rynki zagraniczne. Przez wspomniany wyżej okres protestujący częstokroć był pionierem w stosowaniu innowacyjnych technologii, wykorzystywanych następnie przez innych producentów w pojazdach szynowych, w tym w tramwajach, a także odwołujący sam produkował tramwaje posiadające rozmaite, dostosowane do potrzeb konkretnych zamawiających, rozwiązania techniczne, w tym również mających niską podłogę oraz przeguby - spełniające wymagania zamawiającego określone w kwestionowanym ogłoszeniu. I tak, w ciągu ostatnich lat, w okresie od 1999 r. do 2000 r., odwołujący wyprodukował 60 sztuk całkowicie niskopodłogowych tramwajów doczepnych NB4 oraz

4NBWE dla firmy Bombardier Transportation, które jeżdżą obecnie ulicami Lipska i Rostoku w Niemczech. Następnie w 2007 r., w ramach zamówienia udzielonego przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. odwołujący wyprodukował 30 jednoczłonowych, wysokopodłogowych tramwajów typu 123N, stanowiących obecnie jeden z podstawowych środków komunikacji miejskiej w Warszawie. Nadto, również w 2007 r. odwołujący zaprojektował i wyprodukował nowoczesny niskopodłogowy, wielocłonowy tramwaj „Puma”, który uzyskał konieczne świadectwo homologacji. Tramwaj spełnia wszystkie wymagania zawarte w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych tramwaju i zakresu ich wyposażenia. Obecnie tramwaj „Puma” jest eksploatowany w infrastrukturze torowo-sieciowej Poznania. Zdaniem odwołującego, najmniejszych wątpliwości budzić nie może fakt, iż produkcja 24 sztuk tramwajów przegubowych, napędzanych silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej podłogi, nie przysporzy trudności producentowi pojazdów szynowych posiadającemu tak ogromne doświadczenie jak odwołujący, co więcej, w świetle: swoich dotychczasowych (i jedynie częściowo opisanych powyżej osiągnięć), a także wiedzy, potencjału technicznego oraz zespołu uzdolnionych ekspertów - odwołujący daje pełną rękojmię wykonania zamówienia o bardzo wysokiej (ponadprzeciętnej) jakości. Zamawiający uniemożliwił jednak odwołującemu udział w postępowaniu przez następujące sformułowanie jednego z warunków udziału, zawartego w podpunkcie 2 sekcja III punkcie 2.3) ogłoszenia, o treści: "Zamawiający wymaga, by w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: należycie wykonali dostawy co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych, napędzanych silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej podłogi."

Zdaniem odwołującego warunek udziału w postępowaniu, określony w zacytowanym powyżej podpunkcie 2 sekcji III punktu 2.3 ogłoszenia narusza zasadę uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mającą charakter nadrzędny w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wspomniana wyżej zasada, na co wyraźnie wskazuje dyspozycja normy art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, nabiera szczególnego znaczenia właśnie przy ustalaniu przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu. Warunki takie powinny być formułowane w sposób obiektywny i niedyskryminujący, który nie eliminuje z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, zdolnych do jego należytego wykonania. Na etapie określania omawianych warunków nie mogą mieć zatem miejsca próby zawężania przez zamawiającego grupy wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie wykonywać będzie wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Odwołujący powołał się na okoliczność, iż jego stanowisko znalazło potwierdzenie w wyrokach:

- Zespołu Arbitrów z dnia 9 sierpnia 2005 r. o sygnaturze UZP/ZO/O-2034/05, gdzie też wskazano, że „naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi wtedy, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu ustalone zostają takie warunki podmiotowe, które ograniczają w nieuzasadniony sposób dostęp do zamówienia znacznemu gronu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie”;

- Zespołu Arbitrów z dnia 16 sierpnia 2006 r. o sygnaturze UZP/ZO/O-2255/06, którego teza stwierdza, iż: "zgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp warunki udziału w postępowaniu nie mogą naruszać uczciwej konkurencji. Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu."

Wbrew opisanym powyżej standardom uczciwej konkurencji, brzmienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w podpunkcie 2. sekcji III punktu 2.3 ogłoszenia, sprawia, iż w postępowaniu uczestniczyć nie mogą w ogóle producenci, którzy w ostatnich 3 latach nie uzyskali zamówień publicznych na dostawę co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych, napędzanych silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej podłogi. W przekonaniu odwołującego, tak szczegółowe określenie przez zamawiającego wymogów dostarczanych dotychczas przez wykonawców tramwajów, a także wskazanie ich liczby (identycznej z liczbą pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia) nie jest niezbędne, aby w sposób adekwatny ocenić doświadczenie wykonawcy, a co więcej brak dokładniejszej weryfikacji przez zamawiającego innych elementów takich jak wiedza, potencjał techniczny oraz zespół ekspertów zdolnych do wykonania zamówienia, nie pozwala obiektywnie i w sposób niedyskryminujący wyłonić grupy wykonawców mogących zrealizować zamówienie w najlepszy sposób. Ustalone warunki preferują wyłącznie tych wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat wyprodukowali 24 sztuki tramwajów tożsamy z przedmiotem zamówienia, Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.), a w szczególności art. 15 ust. 1 pkt 3 wymienionej ustawy. Zgodnie z treścią powołanego przepisu, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku przez ich rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie dokonał określenia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w oparciu o adekwatne i rzeczowo uzasadnione przesłanki, niesłusznie przyjął bowiem, iż technologia stosowana przy budowie tramwajów niskopodłogowych i przegubowych różni się istotnie od technologii wykorzystywanej przy produkcji tramwajów posiadających inne cechy.

Za naruszeniem przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, przez wyeliminowanie z postępowania szeregu wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, lecz nie mogących wykazać się w okresie ostatnich trzech lat realizacją zadań

tożsamych z przedmiotem zamówienia, przemawia w opinii odwołującego, również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 1257/08, z którego uzasadnienia wynika, iż: "... powszechnie zostało przyjęte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że nie można żądać aby uczestnicy postępowania przetargowego musieli wykazać się na potwierdzenie spełnienia warunku wymaganego doświadczenia zawodowego zadaniami tożsamymi w swym zakresie z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. Wynika to z faktu, iż zasadniczo nie ma w swej istocie dwóch identycznych zamówień, a taka konstrukcja warunku, jaką przedstawił na rozprawie zamawiający powodowałaby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawcy poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców."

O zasadności protestu, zdaniem odwołującego, świadczy jednak przede wszystkim całkowite pominięcie przez zamawiającego faktu, iż specyfiką produkcji oraz dostaw pojazdów szynowych jest wykonywanie zamówień konkretnych zamawiających w oparciu o wskazane przez nich wymagania techniczne oraz ilości zamówionych pojazdów. Ze względu na wartość przedmiotu zamówienia i ceny jednostkowe tramwaju, w zasadzie żaden producent tramwajów nie może sobie pozwolić na prezentację wszystkich możliwych konfiguracji tramwajów, których mógłby żądać zamawiający i ogranicza się jedynie do stworzenia prototypów, które odzwierciedlać mają faktyczne jego zdolności techniczne oraz potencjał. Świadczy to o tym, iż specyfiką tego rynku oraz potwierdzeniem zdolności do realizacji w zasadzie każdego zamówienia, nie może być wykazanie produkcji oraz dostaw konkretnych typów i rodzajów pojazdów szynowych, ale produkcja jako taka i jej wielkość oraz możliwość wykorzystywania żądanych przez zamawiającego technologii. Podkreślił, iż prawidłowe formułowanie warunków udziału w postępowaniu, a więc w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, oznacza wyznaczenie pewnego jedynie minimalnego poziomu doświadczenia, który oczywiście powinien być uzależniony od przedmiotu zamówienia i jego wartości przy uwzględnieniu rynku właściwego. Biorąc pod uwagę specyfikę rynku produkcji oraz dostaw pojazdów szynowych - tramwajów w Polsce oraz w całej Unii Europejskiej, zaznaczył, iż przeznaczona jest ona w całości na rynek publiczny. Przykładowo, w Polsce w ciągu jednego roku prowadzone jest od 3 do 5 przetargów publicznych na dostawę tramwajów, w których wymagania zamawiających są wysoce zindywidualizowane. Żądanie zatem posiadania doświadczenia w dostawach tramwajów konkretnych rodzajów, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do tych, którzy w ciągu trzech ostatnich lat dostarczali ten sam rodzaj tramwajów, niesłusznie pomijając pozostałych doświadczonych wykonawców, produkujących w tym czasie tramwaje innych rodzajów. Specyfika tego rynku sprawia, iż producent pojazdów szynowych, który przez trzy lata z rzędu nie sprzeda określonego rodzaju pojazdu szynowego ma w zasadzie zamkniętą drogę do tego rynku, bowiem jego produkcja uzależniona jest tylko i wyłącznie od uzyskania zamówienia publicznego.

W świetle powyższych uwarunkowań rynku tramwajów, zdaniem odwołującego, żądanie posiadania doświadczenia w dostawach tramwajów konkretnych rodzajów, stanowi rażące ograniczenie konkurencji, które w nieuzasadniony sposób zdyskwalifikowało wykonawców dostarczających w ciągu trzech ostatnich lat, inny niż wskazany przez zamawiającego rodzaj tramwajów. Brak uwzględnienia rynku właściwego przy ocenie warunków udziału w postępowaniu sprawił, iż zamawiający niewłaściwie zastosował § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, niesłusznie przyjmując, że wykaz zrealizowanych przez wykonawcę "dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia," którego w świetle powyższego przepisu rozporządzenia zamawiający uprawniony był zażądać, celem potwierdzenia doświadczenia wykonawców, może stanowić wykaz dostaw tramwajów o określonych cechach, a nie wykaz wyprodukowanych tramwajów, bez względu na posiadane przez nie właściwości.

Pismem z 15 lipca 2009 r. doręczonym, w tym samym terminie, zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że nie podziela przedstawionej argumentacji i uznaje zarzuty za bezzasadne. Zamawiający przywołał opis przedmiotu zamówienia podany w ogłoszeniu. Zacytował treść art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, w myśl którego wykonawca musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i potwierdzić to treścią składanego oświadczenia. Stąd zamawiający uznał za właściwe doprecyzowanie ustawowego warunku, wynikające ze specyfiki zamówienia i jego wartości przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców legitymujących się nie tylko samym wykonaniem tramwaju niskopodłogowego i wieloczołnowego, a więc tramwaju określonego rodzaju, ale również legitymować się dostawą - we wskazanym okresie, to jest 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania - 24 sztuk tego rodzaju tramwajów. Oznacza to, iż zamawiający wymaga od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem w wykonaniu dostaw określonego rodzaju tramwaju, a nie jakiegokolwiek rodzaju tramwaju, co gwarantuje wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Tak więc umiejętność wykonania określonego rodzaju tramwaju musi być poparta nie tylko wiedzą, ale i praktyką zdobytą oraz ugruntowaną w trakcie realizacji wcześniejszych dostaw. Zamawiający uznał za słuszne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 27 lutego 2009 (sygn. akt KIO/UZP169/2009), z którego wynika, że „nie może to być prototyp, ani też tramwaj, który zostanie dopiero wyprodukowany, po wprowadzeniu zmian dostosowujących tramwaj do oczekiwań Zamawiającego. Nie może mieć miejsca sytuacja, w której przedmiot zamówienia istnieje jedynie w sferze dokumentacji. Wykonawca musi się bowiem wykazać doświadczeniem w produkcji i dostawie określonego typu tramwaju, tj. tramwaju o określonych rozwiązaniach

technicznych, odpowiadającego potrzebom Zamawiającego, a nie oczekiwaniom wykonawcy. To Zamawiający decyduje, co stanowi przedmiot zamówienia oraz jakie warunki udziału w postępowaniu wykonawca powinien spełnić, aby móc ubiegać się o określone zamówienie z uwzględnieniem obowiązujących w tym zakresie przepisów". Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane doprecyzowuje, iż zamawiający na potwierdzenie doświadczenia wykonawcy, może żądać wykazaniem się przez wykonawcę dostaw w okresie ostatnich trzech lat i takie żądanie - prawidłowe w myśl przedmiotowego rozporządzenia - zamawiający wykonawcom postawił. Zaznaczył przy tym, iż oczekuje tramwaju o określonych parametrach technicznych (niskopodłogowego, przegubowego), odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom, a żądanie wykazania się dostawą 24 sztuk tramwajów określonego rodzaju nie stanowi żądania nadmiernie wygórowanego, zwłaszcza w kontekście wymogów konstrukcyjnych tramwaju oraz ich przewidywanej wartości. Art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp nie oznacza, iż do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy dopuścić wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do sformułowania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, że spełnienie ich da gwarancję udzielenia zamówienia wykonawcy zdolnemu do zrealizowania celu zamierzonego przez zamawiającego.

Wskazany w sekcji III.2.3 ppkt 1.2 ogłoszenia warunek jest adekwatny do stopnia złożoności i technicznego zaawansowania przedmiotu zamówienia i nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający argumentował, że doświadczenie nabyte przy produkcji tramwaju wysokopodłogowego niewątpliwie różni się od doświadczenia nabytego przy produkcji tramwaju niskopodłogowego wieloczołonowego. Z uwagi na różnice funkcjonalne, konstrukcyjne jak i technologiczne, występujące pomiędzy tramwajami niskopodłogowymi przegubowymi, a tramwajami wysokopodłogowymi lub wagonami doczepnymi, kwestią kluczową i obiektywnie uzasadnioną jest z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia, aby wykonawca posiadał doświadczenie właśnie w dostawach tramwajów zbliżonych, choć niekoniecznie tożsamy z tramwajami będącymi przedmiotem zamówienia. Tramwaj niskopodłogowy różni się od tramwaju wysokopodłogowego (w którego dostawach odwołujący posiada doświadczenie) wysokością podłogi, oraz rozwiązaniami przegubów w konstrukcji tramwajów. Cechy te stanowią o fundamentalnej różnicy technologicznej tych dwóch rodzajów tramwajów. Tramwaje z podłogą niską wymagają zastosowania wózków zupełnie innych konstrukcyjnie od wózków w tramwajach wysokopodłogowych. Wózki muszą być bowiem dostosowane do przebiegającej nad nimi niskiej podłogi. Z niską podłogą jest również związane odmienne rozłożenie mas

oraz sposób przenoszenia napędu i rozmieszczenie aparatury i urządzeń. Wszystkie elementy konstrukcyjne tramwajów niskopodłogowych muszą być tak wykonane, aby prawidłowo współpracowały z torem. Oferowany produkt musi być nie tylko dopuszczony do ruchu, ale i wykazać się bezawaryjnością po przejechaniu wielu milionów kilometrów (tramwaje eksploatowane przez zamawiającego pokonują średnio 100 000 km rocznie, a ich okres eksploatacji jest nie krótszy niż 30 lat), dlatego też jak stwierdził zamawiający, nie jest niedozwolonym ograniczeniem konkurencji wymóg wykazania się realizacją określonej ilości tramwajów, które są porównywalne jakościowo i ilościowo.

Określając warunki uczestnictwa w niniejszym postępowaniu, zamawiający nie uczynił tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub wykonawcom konkretnego produktu o ściśle oznaczonych przez zamawiającego parametrach.

Kwestionowany warunek udziału w postępowaniu ogranicza konkurencję, niemniej jednak nie czyni tego w sposób nieuczciwy. Warunek ten na rynku europejskim, jak również polskim, spełnia kilku, jeżeli nie kilkunastu wykonawców i tak dla przykładu:

1) w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na dostawę 40 sztuk tramwajów całkowicie niskopodłogowych, wieloczołowych, (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.01.2009 r. pod nr 2009/S 12-016898), prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek doświadczenia w dostawie tramwajów niskopodłogowych wieloczołowych opisany w ogłoszeniu (w podpunkcie 2 sekcji III punkcie 2.3, zdolność techniczna, spełniło 6 wykonawców:

- Stadler Pankow GmbH (Niemcy),
- Konsorcjum: AnsaldoBreda S.p.A. (Włochy) i Newag SA (Polska),
- Construcciones Auxiliar de Ferrocarriles SA (Hiszpania),
- Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding (Polska),
- Werner von Siemens (Niemcy),
- Solaris Bus & Coach SA (Polska),

2) w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na dostawę 35 sztuk tramwajów całkowicie niskopodłogowych, wieloczołowych, (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.01.2009 r. pod nr 2009/S 7-008961), prowadzonym przez Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Sp. z o.o., warunki udziału w postępowaniu w tym analogiczny warunek doświadczenia w dostawie tramwajów całkowicie niskopodłogowych, wieloczołowych, opisany w ogłoszeniu (w podpunkcie 2, sekcji III 2.3) zdolność techniczna, spełniło 7 wykonawców, a oferty złożyło 5 wykonawców:

- Stadler Pankow GmbH (Niemcy),

- Bombardier Transportation GmbH (Niemcy),
- AnsaldoBreda S.p.A. (Włochy),
- Construcciones Auxiliar de Ferrocarriles SA (Hiszpania),
- PESA Bydgoszcz S.A. (Polska),

3) w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na dostawę 186 tramwajów przegubowych, wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.08.2008 r. pod nr 200B/S 165-222360), prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek doświadczenia w dostawie tramwajów wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych opisany w ogłoszeniu (w podpunkcie 2 sekcji III 2.3) zdolność techniczna, spełniło 6 wykonawców:

- PESA Bydgoszcz SA Holding (Polska),
- Siemens AG (Niemcy),
- Stadler Pankow GmbH (Niemcy),
- Bombardier Transportation GmbH (Niemcy),
- Konsorcjum :Alstom Konstal SA(Polska) i Alstom Transport SA (Francja),
- Konsorcjum: AnsaldoBreda S.p.A.(Włochy) i Newag SA(Polska).

Fakt, iż odwołujący nie należy do grupy wykonawców, którzy mogą wykazać się doświadczeniem w dostawach tramwajów niskopodłogowych, przegubowych nie może być uznawany za niedozwolone ograniczenie konkurencji, gdyż zamawiający nie ma obowiązku postawić warunków, aby spełniali je wszyscy wykonawcy zamierzający ubiegać się o zamówienie, lecz wykonawcy zweryfikowani i dający rękojmię, że należycie wykonają zamówienie opisane w ogłoszeniu.

Zamawiający przywołał stanowiska:

Sądu Okręgowego w Gdańsku, w wyroku z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie analogicznej do niniejszej (sygn. akt XII Ga 143/09):, stwierdzające "..sam fakt, że rynek tramwajów jest rynkiem publicznym, na którym przeprowadza się rocznie ograniczoną ilość postępowań o udzielenie zamówień publicznych, a zamówienia są wysoce zindywidualizowane, nie uchyla przewidzianego wcześniej powołanymi przepisami wymogu wykazania się przez wykonawców dostawami odpowiadającymi swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, nie uzasadnia także odmiennego od powołanego wyżej rozumienia pojęcia "rodzaju" dostawy odpowiadającej przedmiotowi zamówienia."

- Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w wyroku z dnia 5 sierpnia 2005 r. (sygn. akt IV Ga 239/05) stwierdzającego: "... Słowo doświadczenie oznacza wprawę, biegłość, a takie przymioty można zweryfikować skarżonym warunkiem, który wymaga od potencjalnych uczestników doświadczenia nabytego przy wyprodukowaniu 14 ETZ (wieloczlonowych) w okresie ostatnich 3 lat, a więc w ilości objętej zamówieniem." „... Podanie przez

Zamawiającego, że potencjalny uczestnik postępowania przetargowego winien mieć doświadczenie poparte produkcją z ostatnich trzech lat 14 elektrycznych zespołów trakcyjnych, wielocłonowych nie stanowi ani naruszenia przepisu art. 22 pzp ani nie utrudnia uczciwej konkurencji zważywszy, że ilość wskazana przez Zamawiającego jako kwalifikująca do uznania, że oferent posiada doświadczenie jest ilością nie budzącą wątpliwości, że służy ona - weryfikacji doświadczenia, a nie utrudnieniu uczciwej konkurencji."

Zamawiający odpierał zarzut odwołującego, nie zgadzając się z przedstawioną argumentacją, że postawiony wymóg wymaga wykazania się realizacją zadań tożsamyh z przedmiotem zamówienia, gdyż o dostawach tożsamyh można by mówić wówczas, gdyby zamawiający żądał od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniami nie tylko w dostawach tramwajów z udziałem niskiej podłogi oraz przegubowych, ale również aby dostarczone tramwaje spełniały wszystkie inne parametry określone przez zamawiającego.

W sekcji II. 1.5 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający podał kilka cech charakteryzujących zamawiane tramwaje, w tym:

1. posiadanie przegubów,
2. długość minimum 31 metrów,
3. szerokość od 2,3 do 2,4 metra,
4. minimalną pojemność 220 osób (5 osób/1m²),
5. zastosowanie silników prądu zmiennego,
6. udział minimum 60% niskiej podłogi,
7. zastosowanie klimatyzacji.

Tramwaje scharakteryzowane w warunku udziału w postępowaniu, stanowią jednak o wiele szerszą grupę tramwajów, wśród których można wyłonić te, które są opisane w ogłoszeniu jako przedmiot zamówienia (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty zostanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Przykładowo, wagon o długości większej niż 31 metrów (a więc opisany w przedmiocie zamówienia) spełnia warunek "doświadczenia," nie każdy wagon przegubowy jest tramwajem o długości większej niż 31 m. Podobnie, nie każdy tramwaj spełniający warunek doświadczenia - ma pojemność min. 220 osób - wymaganą w przedmiocie zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że rynek zamówień publicznych jest rynkiem dostępnym dla wykonawców, którzy posiadają niezbędne doświadczenie, tym niemniej wykonawcy, którzy nie posiadają wystarczającego doświadczenia, mogą wziąć udział w postępowaniu, ubiegając się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami, którzy spełniają postawione warunki uczestnictwa, co umożliwiają postanowienia art. 23 ustawy Pzp. Zamawiający nadmienił, iż jego celem jest wydatkowanie środków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskania najlepszego efektu z danych nakładów, ale działa jako przedsiębiorstwo w formie spółki

akcyjnej i nie podlega przepisom ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, na którą to ustawę powoływał się odwołujący.

W dniu 24 lipca 2009 r. zostało wniesione odwołanie z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym odwołujący podtrzymał zarzuty protestu wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany ogłoszenia w taki sposób, aby jego treść w kwestionowanym zakresie nie naruszała wskazanych przepisów ustawy art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 Pzp oraz przepisów § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 87, poz. 605 ze zm.); na rozprawie odwołujący sprecyzował swoje żądanie domagając się zmiany w sekcji III pkt 2.3 podpunkt 2 ogłoszenia w ten sposób aby po słowach „w tym okresie:” zamieścić sformułowanie o następującym brzmieniu „należycie wykonali dostawy co najmniej 24 sztuk tramwajów”;
2. w przypadku uznania, że stan tego postępowania nie pozwala na dokonanie wnioskowanej zmiany ogłoszenia, wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił całą argumentację protestu. Krytycznie odniósł się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Uznał warunek aby wykonawcy, wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: należycie wykonali dostawy co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych, napędzanych silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej podłogi, za naruszający art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, co przejawia się tym, iż w nieuzasadniony sposób utrudnia to uczciwą konkurencję, uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, posiadającym niezbędną w tym celu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz dysponujących osobami zdolnymi do realizacji zamówienia; wymaga bowiem udokumentowania przez wykonawców wykonania dostaw tramwajów o konkretnych cechach (parametrach technicznych), podczas gdy "dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiotowi zamówienia" w rozumieniu tego przepisu, których udokumentowania może domagać się zamawiający w celu potwierdzenia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, stanowić mogą dostawy zbieżne z przedmiotem zamówienia jedynie w podstawowym zakresie, czy charakterze, nie zaś dostawy produktu o parametrach technicznych analogicznych (w niniejszej sprawie prawie identycznych) do produktu zamawianego. Żądanie wykazania się przez wykonawców posiadaniem doświadczenia w dostawach tramwajów o konkretnych parametrach technicznych, stanowi w ocenie odwołującego,

rażące ograniczenie konkurencji, które w nieuzasadniony sposób zdyskwalifikowało wykonawców dostarczających w ciągu trzech ostatnich lat inny, niż wskazany przez zamawiającego rodzaj tramwajów. Odwołujący nie podzielił argumentacji, że doświadczenie nabyte przy produkcji tramwaju wysokopodłogowego niewątpliwie różni się od doświadczenia nabytego przy produkcji tramwaju niskopodłogowego i wieloczlonowego, podnosił, że produkcja nowoczesnego tramwaju sprowadza się do integracji poszczególnych elementów opracowywanych i budowanych przez dostawców zewnętrznych. Wspomnianymi wyżej dostawcami jest kilka renomowanych firm, które zaopatrują wszystkich istniejących na rynku producentów tramwajów, dostarczając na zamówienie wszelkie konieczne elementy konstruowanego pojazdu. Gwarantem należytego wykonania tramwaju jest zatem przede wszystkim posiadanie doświadczenia w produkcji poszczególnych elementów tramwaju przez dostawcę zewnętrznego, a nie "końcowego" producenta tramwaju. W świetle powyższego MPK Kraków jako zamawiający, niesłusznie uznało, iż producent pojazdów szynowych, który przez ostatnie trzy lata nie wyprodukował tramwajów przegubowych z udziałem minimum 60% niskiej podłogi, lecz tramwaje innego rodzaju i o innych parametrach technicznych, nie posiada doświadczenia pozwalającego mu zrealizować przedmiotowe zamówienie. Podkreślił, że wbrew stanowisku zamawiającego proces produkcji tramwaju niskopodłogowego nie różni się, z punktu widzenia konstrukcji i technologii, od procesu produkcji tramwaju posiadającego inne cechy - różnica sprowadza się jedynie do nadania odmiennego kształtu pudłu (karoserii) tramwaju oraz wózkowi napędnemu i tocznemu.

Tytułem dalszego odniesienia się do treści rozstrzygnięcia protestu i twierdzenia zamawiającego, zgodnie z którym, podobnie sformułowane do skarżonego warunku ogłoszenia - warunki w innych postępowaniach spełniło od pięciu do sześciu wykonawców. Odwołujący zaznaczył, że dokonując oceny możliwego ograniczenia konkurencji, spowodowanego określonym sposobem formułowania warunków udziału w postępowaniu, pod uwagę winno się brać wszystkich wykonawców działających na danym rynku, w zależności bowiem od łącznej ilości podmiotów działających w badanej branży, określona liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu może mieć różne znaczenie. I tak, analiza przedsiębiorstw zajmujących się produkcją tramwajów w państwach Unii Europejskiej prowadzi do wniosku, iż odmienne sformułowanie przez zamawiającego warunków udziału, polegające na zażądaniu wykazania się doświadczeniem w zakresie dostaw tramwajów, bez względu na posiadane przez te pojazdy parametry, a więc przegubowość i wskazany procent niskiej podłogi sprawiłoby, iż w postępowaniu uczestniczyć mogłoby kilkunastu wykonawców. Niezależnie od powyższego ocena utrudnienia uczciwej konkurencji na rynku właściwym nie może sprowadzać się wyłącznie do "matematycznego" porównania ilości wykonawców spełniających i nie spełniających warunku udziału w danym postępowaniu, lecz uwzględniać pełną charakterystykę rynku właściwego,

której istotne elementy w zakresie dotyczącym rynku tramwajów zostały przedstawione wyżej.

Podkreślił, że wątpliwości nie może budzić fakt, iż obowiązkiem MPK Kraków powinno być wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Tytułem uzasadnienia zarzutu naruszenia § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, odwołujący wywodził, iż zamawiający nie jest uprawniony do żądania, aby wykonawcy dokumentowali posiadane doświadczenie i wiedzę, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wykazując wykonanie dostaw produktu o konkretnych parametrach technicznych. Zwracał uwagę, że jako istotne należy przyjmować, iż przepis § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, upoważniający zamawiającego do żądania od wykonawców wyłącznie wykazu dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, ma charakter zamknięty. Nie jest zatem dopuszczalne żądanie od wykonawcy jakiegokolwiek innego dokumentu, na potwierdzenie spełnienia warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia, niż przewiduje to omawiany przepis rozporządzenia (tak wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2009 r., KIO/UZP 264/09). Jak bowiem wynika z przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawcy jedynie takich dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sytuacji norma § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia powinna być interpretowana w sposób ścisły. W taki też sposób należy dokonywać wykładni pojęcia "dostaw odpowiadających rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia". I tak, w doktrynie wskazuje się, że powyżej przywołane pojęcie "dostaw odpowiadających rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia" należy rozumieć w ten sposób, iż dostawa tego samego rodzaju to dostawa należąca do tej samej grupy zgodnie z definicjami zawartymi we Wspólnym Słowniku Zamówień – CPV. E. Norek Komentarz", Lexis Nexis, Warszawa 2008 r., art. 22 teza 6). Zdaniem odwołującego powyższy pogląd doktryny uznać należy za juretycznie uzasadniony, zwłaszcza w świetle dyrektyw wykładni systemowej - normy prawne regulujące określoną sytuację faktyczną powinny być bowiem wykładane w sposób tworzący spójną całość. A zatem skoro ustawodawca dąży do ujednoczenia pojęć przez wprowadzenie Wspólnego Słownika Zamówień - CPV, to pozostałe przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i aktów wykonawczych powinny być interpretowane przy uwzględnieniu istnienia powyższego słownika jako normatywnej klasyfikacji potencjalnych przedmiotów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opisana wyżej interpretacja jest uzasadniona również i względami pewności prawa. Przeciwna bowiem wykładnia prowadziłaby do sytuacji, w której zamawiający sposób dokumentowania przez wykonawców spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia określałby stosownie do swych subiektywnych

oczekiwać, często ograniczając w ten sposób możliwość wykazania doświadczenia przez wykonawcę posiadającego znaczne doświadczenie i wiedzę w konkretnym segmencie rynku - co powodowałoby utrudnienie uczciwej konkurencji. Za wąskim rozumieniem omawianego pojęcia "dostaw odpowiadających rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia" opowiada się również i ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wedle którego sformułowanie "odpowiadających swoim rodzajem" oznacza, iż wykazywane dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie, czy charakterze (tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2008 r., KIO/UZP 1286/08 oraz z dnia 27 marca 2008 r., KIO/UZP 221/08 oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 grudnia 2006 r. UZP/ZO/0-2953/06).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z treści ogłoszenia o zamówieniu, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, złożone przez strony w terminie rozprawy opinie: Politechniki Poznańskiej Instytutu Silników Spalinowych i Transportu z 19.02.2009 r.; Prof. Marka Sitarza z Katedry Transportu Szynowego Politechniki Śląskiej z dnia 21.08.2009 r.; Instytutu Pojazdów Szynowych Politechniki Krakowskiej z sierpnia 2009 r. Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa z 17.08.2009 r., Izba potraktowała jako stanowisko stron, wyrażone w danej sprawie.

Nadto Izba rozważyła także stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

W sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia, opisanym przedmiotem zamówienia jest zakup 24 sztuk wagonów tramwajowych przegubowych o długości minimum 31 m oraz szerokości od 2,3 m do 2,4 m o minimalnej pojemności 220 osób (5 osób na 1m²) napędzanych silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej podłogi, klimatyzowanych wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym. W sekcji III.2.3 zdolność techniczna, podpunkt 2 ogłoszenia zamawiający wymagał, aby w celu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: należycie wykonali dostawy co najmniej 24 sztuk tramwajów przegubowych, napędzanych silnikami prądu zmiennego, z udziałem minimum 60% niskiej podłogi. W sekcji III.2.3 podpunkt 3.2 zamawiający wymagał złożenia wykazu dostaw, spełniającego wyżej ustanowiony warunek

udziału. W tym celu wykonawcy mają złożyć wykaz, obejmujący co najmniej: oznaczenie tramwaju, długość tramwaju, procentowy udział niskiej podłogi, liczbę dostarczonych tramwajów w sztukach, daty wykonania dostaw, nazwy odbiorców i adresy, dokumenty potwierdzające, że wszystkie wykazane dostawy zostały wykonane należycie. W sekcji IV pkt 3 - 7 ogłoszenia, zamawiający poinformował, że do składania ofert zaprosi 5 wykonawców, którzy otrzymają największą liczbę punktów. Za każdy dostarczony tramwaj, określony w sekcji III.2.3 ogłoszenia wykonawca otrzyma 1 punkt.

Izba zważyła, co następuje.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że istotne znaczenie ma sama okoliczność, iż rynek odbiorców tramwajów jest rynkiem publicznym, co jest bezsporne, a fakt tego rodzaju ograniczonego zasięgu rynku, nie różnicuje warunków funkcjonowania przedsiębiorców na tym rynku i zdobywania doświadczenia. Inną kwestią są ograniczenia ilościowe zakupywanych tramwajów o określonym poziomie technicznym, na przedmiotowym rynku w określonym czasie (chłonność tego rynku), co wpływa na możliwość udokumentowania ilości dostaw produktów, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, reprezentujących wymagany stopień ich zaawansowania technologicznego. Firmy, które mają aktualnie potencjał wykonania tramwaju na poziomie technicznym i technologicznym zaspokajającym potrzeby zamawiających, nie mogą wejść na rynek przez stawiane wymagania legitymowania się ilością wykonanych dostaw identycznych jak zamawiane. Rynek ten jak każdy inny, winien być otwarty na konkurencję, umożliwiać uczestnictwo w nim jak najszerszej ilości podmiotów, zdolnych właściwie wykonać zamówienie. W przeciwnym bowiem przypadku, sprowadzałby się do hermetycznie zamkniętego kręgu wykonawców uzyskujących zamówienia, ze szkodą dla istnienia konkurencji. Nie można zamykać rynku dla wykonawców, którzy mają doświadczenie przy realizacji (dostawie) tramwajów różnych typów, ale doskonałą swoje technologie, wprowadzają produkty w większym stopniu uwzględniające potrzeby odbiorców. Należy zważyć, że zawiązywanie konsorcjów, co doradza zamawiający odwołującemu, nie zawsze jest dostępne, gdyż wykonawcy mogący samodzielnie ubiegać się o zamówienie, nie będą zainteresowani poszerzaniem konkurencji i dzieleniem się zamówieniami, w szczególności w sytuacji, gdy ich własny potencjał finansowy i techniczny jest wystarczający, aby samodzielnie zrealizować zamówienie. Są to normalne zachowania rynkowe wykonawców, a więc na zamawiających spoczywa obowiązek prowadzenia postępowań w sposób otwarty na konkurencję. Obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie takich warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem jedynie minimalnego poziomu, które zapewniają dostęp do ubiegania się o dopuszczenie do udziału w przetargu, wykonawcom zdolnym wykonać dane zamówienie w należyty sposób.

Z uwagi na uregulowania odnoszące się do przetargu ograniczonego, stosownie do art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp, zamawiający ma obowiązek w ogłoszeniu zawrzeć opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zgodnie z art. 51 Pzp, zamawiający zaprasza do udziału w postępowaniu i złożenia oferty, liczbę wykonawców od 5 do 20, podaną w ogłoszeniu, którzy uzyskali najlepsze wyniki przy ocenie spełnienia warunków udziału, na podstawie przyznanej punktacji. W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający podał, że zaprosi do składania ofert minimalną ilość 5 wykonawców. Z tych względów prawidłowe opisanie warunków udziału i sposobu ich oceny, ma dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji zasadnicze znaczenie, gdyż w wyniku wadliwych czynności zamawiającego, do postępowania może zostać niedopuszczony wykonawca, lub też źle oceniony, który gwarantuje właściwe wykonanie zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia, w stosunku do wszystkich, warunków determinujących ten udział, w szczególności do tych, które podlegają ocenie, w ramach budowania rankingu wykonawców dopuszczonych do złożenia oferty (w tym przypadku w oparciu o ilość dostarczonych tramwajów). Stosownie do postanowień art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Postanowienia art. 25 ust 1 pkt 1 Pzp zezwalają na żądanie oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, jednocześnie wyznaczonych granicami rzeczowymi i wartościowymi danego postępowania. Art. 26 ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do wymagania dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż kwoty, od których zależy publikacja ogłoszenia w dzienniku urzędowym Unii Europejskiej. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), w § 1 ust. 2 pkt 2 upoważniają zamawiającego do żądania wykazu zrealizowanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, odpowiadających swoim rodzajem wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie. Z określenia „odpowiadających swoim rodzajem” wywodzi się pogląd ugruntowany w praktyce, że w żadnym z aspektów, które mogą być brane do porównania doświadczenia wykonawcy, z zadaniem stanowiącym przedmiot zamówienia o charakterze granicznym – warunkującym dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wymagania nie mogą być tożsame (identyczne).

Stąd opis warunków udziału w postępowaniu, nie może zwięzać doświadczenia do tożsamego jak w prowadzonym postępowaniu, tak w odniesieniu do jego przedmiotu, wartości czy zakresu. Zdaniem Izby, nie musi zachodzić pełna tożsamość, jak wywodził zamawiający, podkreślając, że przecież w warunkach udziału nie wymagał, aby tramwaj (wagon), służący dla wykazania doświadczenia miał identyczne wymiary. Dla uznania, że zamawiający wymaga tożsamego doświadczenia wykonawcy z przedmiotem zamówienia, wystarczające jest podanie kilku, a nawet jednej maksymalnej cechy, która zamyka wykonawcy, zdolnemu wykonać należycie zamówienie, ubieganie się o możliwość złożenia wniosku o udział w przetargu ograniczonym. Zamawiający w odniesieniu do potencjału technicznego, mierzonego ilością dostaw, typem tramwaju, wymaga doświadczenia tożsamego, jak kluczowe elementy przedmiotu zamówienia i jest to warunek łączny o charakterze granicznym, umożliwiający udział w przetargu – we wstępnej jego fazie, umożliwiającej o ubieganie się o wejście do grupy 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty. W pierwszej kolejności należy zważyć na ograniczenia wynikające z art. 25 ust. 1 Pzp, który na zasadzie proporcjonalności zezwala jedynie na wymaganie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z kolei wydane z delegacji art. 25 ust. 2 Pzp rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, ze zm.), mówi o wykazie dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiotowi zamówienia. W sposób oczywisty o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy reprezentujący odpowiedni potencjał techniczny, mierzony wykonaniem np. określonych dostaw, w oznaczonym czasie i o oznaczonej wartości, czy o oznaczonej ilości. Pośrednio przez wskazanie w przepisach zakresu dokumentów jakie mogą być wymagane, określony został także poziom odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający ma zagwarantowaną możliwość weryfikowania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia w oparciu o ustalone przez siebie kryteria, ale nie jest to zakres uznania w pełni pozostawiony zamawiającemu, tak w odniesieniu do ich ustanawiania, jak i sposobu sprawdzania. W przekonaniu Izby, ustawodawca w przywołanym rozporządzeniu użył określenia „dostaw, robót i usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia,” żeby odnosić je do szerszego poziomu rzeczowego i technicznego zrealizowanych dostaw, robót i usług, aniżeli tylko określonych opisem przedmiotu zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku, gdyby chodziło o dostawy tożsame, słowa „swoim rodzajem” w wymienionej regulacji byłyby zbędne. Wobec nieostrości pojęcia odpowiadających „swoim rodzajem” przedmiotowi zamówienia, należało na gruncie niniejszej sprawy rozważyć jakie dostawy tramwajów można przyjąć za odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Przykładowo, w postępowaniach na roboty budowlane, jeżeli nawet przedmiotem zamówienia jest

konkretny obiekt; szpital, szkoła, zamawiający nie mogą wymagać doświadczenia przy wznoszeniu właśnie obiektów przeznaczonych stricte do tego celu, wystarczające jest wykazywanie wykonywania obiektów np. o charakterze użyteczności publicznej o porównywalnej wielkości. Nie ma żadnego uzasadnienia, aby odmienne reguły stosować w przypadku dostaw tramwajów i za odpowiednie doświadczenie uznawać wykazywania się dostawami tramwajów określonego ściśle typu.

Izba uznała za przydatne do tych ustaleń, klasyfikacji statycznych, które posługują się ujednoliconą metodą grupowania wyrobów, tak Wspólnego Słownika Zamówień CPV (Dz. Urz. UE nr 213/2008 r.) obejmującego kody, powiązane ze sformułowaniami, które stanowią opis dostaw robót i usług w procedurze udzielania zamówień publicznych, jak i Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) zharmonizowanej z klasyfikacjami o zasięgu międzynarodowym, wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z 29 października 2008 r. (Dz. U. Nr 207 poz. 1293 ze zm.). W załączniku w postanowieniach ogólnych pkt 1.5, stwierdza się, że PKWiU opracowana głównie na potrzeby statystyki, może stanowić także podstawę grupowań, stosowanych przy podejmowaniu określonych decyzji gospodarczych, w ewidencji dokumentacji w urzędowych rejestrach i systemach administracji publicznej.

Grupa 7 środki transportu, między innymi tramwajowy tabor szynowy, w rodzaju 720 - obejmuje tramwajowy tabor szynowy służący do przewozu pasażerów i transportu towarów oraz tabor techniczny. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. Nr 230, poz. 2301) w § 2 określa tramwaj jako pojazd przeznaczony do przewozu osób lub towarów, zasilany energią elektryczną poruszający się po szynach, natomiast wagon wieloczołowy, to składający się z co najmniej dwóch członów połączonych ze sobą przegubem w sposób umożliwiający bezpośrednie przechodzenie pasażerów między członami. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 30 grudnia 2003 r. w sprawie homologacji tramwajów i trolejbusów (Dz. U. Nr 231, poz. 2317) w § 2 pkt 4 definiuje określenie typu tramwaju, jako występującego w ramach danego rodzaju - tramwaju jednej kategorii, które nie różnią się pod względem istotnych cech. W ramach typu mogą występować wersje, warianty. Dla określonego typu tramwaju, przeprowadzone są badania homologacyjne na zgodności z normami technicznymi i wydawane jest świadectwo homologacji typu. W ocenie Izby, ze względu na podanie wyróżniających cech technicznych, (tramwaj przegubowy, niskopodłogowy), zamawiający nie wymagał doświadczenia w dostawie tego samego „rodzaju dostaw”, a więc tramwajów do przewozu osób, ale wymagał doświadczenia w dostawie tego samego „typu tramwaju” jak przedmiot zamówienia. Skoro przepis w § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów mówi o „rodzaju” dostaw, to powinien być on stosowany zgodnie z wykładnią gramatyczną, w sposób ścisły.

Ponadto posługiwanie się ujednoliconą nomenklaturą i przypisywanie jej takiego samego znaczenia wynika, z reguł wykładni systemowej. Normy określające określoną sytuację faktyczną muszą być wykładane w sposób tworzący spójną całość. Stanowisko takie znalazło potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 20 marca 2009 r. sygn. akt VIII Ga 58/09.

Ograniczenie dostępu do postępowania przez określenie doświadczenia wykazaniem tożsamego przedmiotu dostawy, narusza interesy wykonawców, zainteresowanych udziałem w przetargu, gdyż mimo, że mają doświadczenie i dysponują potencjałem technicznym dla właściwego i terminowego wykonania zamówienia, przy ustalonym przez zamawiającego warunku dopuszczenia do postępowania, wbrew postanowieniom art. 22 ust. 2 Pzp, mogą zostać pozbawieni szansy na złożenie wniosku o zakwalifikowanie do grona wykonawców, a w dalszej perspektywie szansy na złożenie konkurencyjnej oferty. Konkluzja taka prowadzi do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przy czym należy mieć na uwadze, że po stronie wykonawcy, który powołuje się na naruszenie art. 22 ust. 2 Pzp i możliwość doznania uszczerbku interesu prawnego, leży obowiązek jedynie uprawdopodobnienia, iż warunki udziału zamykają dostęp do postępowania, stwarzają nierówne reguły konkurencji, nie zaś ścisłego udowodnienia tego faktu. Powołany przepis mówi bowiem o możliwości utrudniania uczciwej konkurencji. Izba nie zgadza się z tymi twierdzeniami zamawiającego, że ma on prawo postawić wymaganie wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udział w postępowaniu zrealizowaniem dostaw tramwajów o cechach dokładnie takich samych jak przedmiot zamówienia i że jedynie tacy dostawcy gwarantują należyte wykonanie zamówienia. Niezasadne jest również postawienie warunku udziału – równego wykazaniem zrealizowanych dostaw, na poziomie ilości tramwajów, odpowiadających ściśle przedmiotowi zamówienia (24 sztuki), wymienionego zarzutu, ostatecznie przy formułowaniu swoich żądań, odwołujący nie podtrzymał. Świadczy to również o wymaganiu wykazania doświadczenia tożsamego, a nie odpowiadającego swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Wykonawca, który wykonał np. 20 wagonów, zdolny będzie wykonać je zarówno w ilości 24 sztuk. Ponadto, skoro ilość zrealizowanych dostaw stanowi element oceny, a wykonawca legitymujący się większą ilością dostarczonych tramwajów, otrzyma stosowną punktację, zwiększając tym samym swoje szanse zakwalifikowania się do etapu zaproszenia do złożenia oferty, to w ten sposób wymienione kryterium uwzględnienia ilości udokumentowanych dostaw, zostało uwzględnione. Zamawiający nie ustanowił wprost kryterium wartości udokumentowanych dostaw, stąd argumentacja podnoszona na rozprawie, że tramwaje tego typu jak przedmiot zamówienia są znacznie droższe, niż wysokopodłogowe, których wykonywaniem może wykazać się odwołujący, nie miała istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Odwołujący niewątpliwie posiada wieloletnie doświadczenie w produkcji pojazdów szynowych, w tym tramwajów różnych typów, czego zamawiający nie kwestionował. W tym wykonywał tramwaje wysokopodłogowe N123. Okoliczność bezsporną stanowi, że odwołujący jest producentem tramwaju niskopodłogowego (ponad 60%) 118N Puma, napędzanego silnikiem prądu zmiennego, posiadającego wymagane badania homologacyjne, dopuszczonego do ruchu, który jest eksploatowany w miejskiej sieci tramwajowej w Poznaniu. Potwierdza to interes prawny odwołującego w skarżeniu postanowień ogłoszenia, które zamykają mu dostęp do udziału w postępowaniu, skoro potencjalnie jest zdolny do wykonania zamówienia. Faktem jest również, że wiodący producenci tramwajów, w znaczącym zakresie korzystają z dostaw części i podzespołów tych samych dostawców, co nie zwalnia jednak końcowego producenta tramwaju, od odpowiedzialności za jego walory jakościowe i użytkowe. Gwarancją, że oferowany produkt będzie musiał spełniać wymagania określone odnośnymi normami, będzie obligatoryjny wymóg przedłożenia wraz z ofertą świadectwa homologacji, dla oferowanego typu tramwaju, którego dokładne i wymagane cechy, stosowne do potrzeb zamawiającego winny znaleźć się w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Brak jest również ustawowego wymogu, aby oferowany produkt (typ tramwaju) był użytkowany na rynku przez określony czas, celem wykazania jego bezawaryjności, ze względu na zamierzoną przez zamawiającego perspektywę 30 lat eksploatacji tramwajów, które zakupi w wyniku tego postępowania. Stawianie takich wymogów, mogłoby bowiem znacząco wpłynąć za zahamowanie postępu technologicznego w tej dziedzinie. Izba nie kwestionuje stanowiska, iż zakres doświadczeń przy produkcji różnego typu tramwajów, może się w pewnym stopniu różnić, ale nie ma to istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Podstawowym bowiem zagadnieniem jest ustalenie i wymaganie doświadczenia odpowiedniego – adekwatnego do rodzaju dostaw. A więc w oparciu o wyżej przedstawione ustalenia – co do rodzaju dostaw tramwajów, niezależnie od ich konkretnego typu, zbieżnych w podstawowym zakresie i charakterze z przedmiotem zamówienia. Okoliczność, iż istnieją wykonawcy, którzy są zdolni wykazać doświadczenie, takie jak wymagał zamawiający, lub zbliżone, gdzie na dowód przywołane zostały inne przeprowadzone postępowania, nie stanowi usprawiedliwienia dla stawiania barier, w postaci wymagania doświadczenia na poziomie identycznym, jak przedmiot zamówienia, ograniczającym konkurencję, gdyż jest to działanie naruszające przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (Dz. U. z 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zm.), a wadliwa praktyka nie jest właściwym narzędziem wykładni prawa. Zamawiający bezpodstawnie stwarza utrudnienia dostępu do rynku, dzieląc potencjalnych wykonawców, na takich którzy mają doświadczenie w produkcji konkretnego typu tramwaju

oraz na takich, którzy mają doświadczenie przy produkcji tramwajów – jako rodzaju dostaw, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, i dyskryminując tych ostatnich.

Nakaz otwierania się na konkurencję wynika z podstawowych reguł prawa wspólnotowego między innymi statuowany jest w art. 34 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, stanowiącego, iż specyfikacje techniczne powinny umożliwiać równy dostęp dla oferenta i nie powinny tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję. Wymagania zamawiającego, odnoszące się do warunków udziału, wynikają z aspektów technicznych przedmiotu zamówienia, stąd wymieniony przepis znajduje zastosowanie. Urzeczywistnieniu ww. nakazu powinno służyć uprzednie umożliwienie jak najszerszemu kręgowi wykonawców, zdolnych wykonać zamówienie, złożenie wniosków o dopuszczenie do postępowania, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego. Izba zobowiązana jest do dokonywania wykładni i stosowania prawa krajowego, zgodnie z wymogami prawa wspólnotowego.

Izba stwierdziła, iż postępowanie dowodowe wykazało naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 2 Pzp, art. 7 ust. 1 tej ustawy oraz przepisów § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, ze zm.).

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Z uwagi na fakt, że okres składania wniosków upływa w dniu 27 sierpnia 2009 r., zamawiający ma możliwość skorygowania w ogłoszeniu wadliwie ustalonych warunków udziału w postępowaniu, stosownie do postanowień art. 12a ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....