

Wyrok
z dnia 27 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Luiza Łamejko

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Szczecińskie sp. zo.o. w organizacji z siedzibą w Szczecinie, 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5** protestu z dnia 17.12.2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229

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 uiszczonego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4210 zł 97 gr. (słownie: cztery tysiące dwieście dziesięć złotych dziewięćdziesiąt siedem groszy) przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229** na rzecz **spółki Tramwaje Szczecińskie sp. zo.o. w organizacji z siedzibą w Szczecinie, 71-241 Szczecin, ul. Klonowica 5**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (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., 60-965 Poznań, ul. 28 czerwca 1956r. nr 223/229**.

U z a s a d n i e

Gmina Miasto Szczecin – zakład budżetowy pn. Miejski Zakład Komunikacyjny na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2008 r. pod nr 2008/S 105-140886 wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 6 sztuk fabrycznie nowych wielocłonowych, przegubowych, niskopodłogowych tramwajów wraz z zestawem specjalistycznego wyposażenia obsługowego, zestawem pakietu naprawczego oraz szkoleniem pracowników zamawiającego (inżynierji-technicznych i prowadzących tramwaje).

Z dniem 1 stycznia 2009 r. zakład budżetowy gminy Miasto Szczecin na podstawie uchwały nr XXVIII/715/08 Rady Miasta z dnia 24 listopada 2008 r. oraz zgodnie z art.22 ust.1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U.z 2007 r., Nr 9, poz.43 ze zm.) został przekształcony w spółkę Tramwaje Szczecińskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, która na podstawie art.23 ust.3 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U.z 2007 r., Nr 9, poz.43 ze zm.) wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki związane z działalnością zakładu, także związane z przygotowaniem i prowadzeniem tego postępowania.

W dniu 17 grudnia 2008 r. spółka H.Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniosła protest przesyłając go faksem do Zamawiającego, zaś w dniu 18 grudnia został on wniesiony na piśmie. Protest dotyczył treści pkt.III.2.1 ogłoszenia, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonali należycie dostawę minimum

dwóch przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych tramwajów podobnych do objętych przedmiotem zamówienia dostarczonych łącznie lub w dwóch odrębnych dostawach. Zdaniem Protestującego treść pkt III.2.1 ogłoszenia uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu większej ilości wykonawców, w tym Protestującemu, zdolnych do wykonania zamówienia i posiadających niezbędną wiedzę w tym zakresie, potencjał techniczny oraz doświadczenie.

Zdaniem Protestującego warunek postawiony w ogłoszeniu narusza art.22 ust.2 oraz 7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.z 2007 r. Nr 223, poz.1655 ze zm.) - zwanej dalej ustawą, gdyż postawiony warunek udziału w postępowaniu nie może zostać spełniony przez producentów, którzy w ostatnich 3 latach nie uzyskali zamówień na tramwaj przegubowy, wielocłonowy i niskopodłogowy, ale realizowali zamówienia spełniające wymagania Zamawiającego pod względem ilości oraz zastosowania wymaganej technologii w zakresie innych typów tramwajów. W uzasadnieniu protestu Protestujący podniósł, iż żądanie posiadania doświadczenia w dostawach tramwajów konkretnych rodzajów, już z samego założenia, zdaniem Protestującego, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do tych, którzy w ciągu trzech ostatnich lat dostarczali ten sam rodzaj tramwajów, zaś wyklucza innych, którzy w tym okresie dostarczali tramwaje innych rodzajów. Na potwierdzenie zasadności twierdzeń Protestujący przytoczył treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2008 roku wydanego w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP/749/08, w której Krajowa Izba Odwoławcza zakwestionowała wadliwe określenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu na modernizację wagonów tramwajowych. Protestujący podniósł w proteście, iż wyrok ten wskazywał, iż przepis art.22 ust.1 pkt 2 ustawy ma charakter blankietowy i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należyłą starannością, gdyż zabezpiecza to interes Zamawiającego. Jednocześnie zgodnie z art.22 ust.2 ustawy warunki udziału nie mogą naruszać uczciwej konkurencji. Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Protestujący powołał się także na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16.08 2006 r., sygn. UZP/ZO/2255/06.

W dniu 18 grudnia Zamawiający zawiadomił o wniesieniu protestu i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 29 grudnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.

W dniu 5 stycznia 2009r. rozstrzygnięcie protestu zostało doręczone protestującemu. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podniósł, iż warunek ten nie jest nadmiernie wygórowany. Wymaga on bowiem wykazania się dostawami 2 szt. tramwajów, choć przedmiot

zamówienia dotyczy liczby trzykrotnie większej. Zamawiający powołał się także na wyrok KIO z dnia 20 marca 2008 r., sygn.KIO/UZP 204/08 oraz Zespołu Arbitrów z dnia 7 marca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-207/07 potwierdzających, iż Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, zaś fakt, iż nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu nie przesądza o tym, iż postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji.

W dniu 9 stycznia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP przekazując jego kopię Zamawiającemu.

W odwołaniu wykonawca H.Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu podtrzymał zarzuty podniesione w proteście odnośnie naruszenia art.7 i 22 ust.2 ustawy. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu. W uzasadnieniu odwołania podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postanowienia ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2008 r. pod nr 2008/S 105-140886 oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy oraz dopuszczone na rozprawie dowody, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.z 2007 r. Nr 223, poz.1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą, gdyż potwierdzenie się zarzutów, iż treść ogłoszenia o zamówieniu w zakresie określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, oznaczałoby, iż Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 6 sztuk fabrycznie nowych przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych tramwajów wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym oraz pakietem naprawczym. Zamawiający w sekcji III pkt. III.2.1) 5a ogłoszenia postawił warunek, iż o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy w ostatnich 3 latach przed dniem wszczęcia postępowania wykonali należycie dostawę minimum dwóch przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych tramwajów podobnych do objętych przedmiotem zamówienia dostarczonych łącznie lub w dwóch odrębnych dostawach.

Zgodnie z przepisem art. 22. ust.1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy oprócz posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, zdolności ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W celu weryfikacji spełniania ustalonych przez siebie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żąda oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.) – dalej: rozporządzenie – tzn. w badanym postępowaniu Zamawiający może żądać wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia - § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia.

Przepis art.22 ust.1 jest przepisem blankietowym i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca, był w stanie wykonać przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Przepisy ustawy oraz rozporządzenia nie zawierają definicji pojęcia „dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”. Zasadne jest zatem odwołanie się do powszechnie przyjętej definicji słownikowej pojęcia rodzaj. Słowo „rodzaj” oznacza «gatunek czegoś wyróżniany ze względu na pewne cechy» (według internetowego Słownika Języka Polskiego wyd. PWN).Zestawienie cech wskazanych przez Zamawiającego przy określeniu przedmiotu zamówienia oraz przy opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie żadanego doświadczenia daje podstawy do wniosku, że cechy te – wyróżniające zamawiany tramwaj – są zbieżne.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako dostawę 6 sztuk fabrycznie nowych przegubowych, wieloczołowych, niskopodłogowych tramwajów, zaś warunkiem ubiegania się o to zamówienie ustanowił doświadczenie w dostawie minimum dwóch przegubowych, wieloczołowych, niskopodłogowych tramwajów podobnych do objętych przedmiotem zamówienia w ostatnich 3 latach przed dniem wszczęcia postępowania.

W przedmiotowej sprawie w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się zarzut naruszenia art.7 ust.2 oraz art.22 ust.2 ustawy poprzez postawienie warunku wykazania się realizacją minimum dwóch dostaw przegubowych, wieloczętowych, niskopodłogowych tramwajów podobnych do objętych przedmiotem zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Warunek ten, w ocenie Izby, został postawiony adekwatnie do przedmiotu zamówienia tj. dostawy 6 sztuk fabrycznie nowych przegubowych, wieloczętowych, niskopodłogowych tramwajów.

Ponadto zachowanie uczciwej konkurencji jest badane pod kątem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, spełnienie bowiem warunku przez tylko jednego wykonawcę narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swego stanowiska, iż postawiony warunek ogranicza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Okoliczność, iż Odwołujący nie spełnia tego warunku nie może świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego art.7 ust.1 oraz art.22 ust.2 ustawy przy ustanawianiu warunku wykazania się doświadczeniem w dwóch dostawach tramwajów o cechach tożsamyh z zamawianymi tramwajami.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego złożonym na rozprawie, iż postawienie tego warunku nie ograniczy konkurencji, gdyż doświadczeniem w zrealizowaniu dwóch dostaw przegubowych, wieloczętowych, niskopodłogowych tramwajów mogą wykazać się podmioty działające na rynku europejskim tj. kanadyjski Bombardier, niemiecki Siemens, czeska Tatra i Skoda. Zamówienie to mogą bowiem realizować przedsiębiorcy z terenu całej Unii Europejskiej. Ponadto sam Odwołujący wskazał na rozprawie, iż doświadczeniem takim z polskich wykonawców może wykazać się PESA Bydgoszcz. Warunek postawiony przez zamawiającego nie ogranicza więc uczciwej konkurencji, gdyż warunek ten są w stanie spełnić podmioty działające na rynku w tej branży.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza oparła się na dowodzie przedstawionym przez Zamawiającego tj. opinii Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa z dnia 15 stycznia 2009 r. dotyczącej różnic technologicznych w doświadczeniu zdobytym przy budowie wagonów doczepnych, niskopodłogowych, biernych od doświadczenia zdobytego przy budowie wagonów wieloczętowych, niskopodłogowych, przegubowych. Z opinii tej wynika, iż doświadczenie producenta zdobyte przy dostawie wagonu silikonowego, niskopodłogowego, wieloczętowego obejmuje odrębny i szerszy obszar wiedzy, głównie wiedzy informatycznej z bardzo specyficznej dziedziny sterowania napędem, hamowaniem, kontrolą poślizgów, a także obsługą urządzeń dla pasażerów komunikacji miejskiej podróżujących pojazdami szynowymi. Z opinii tej wynika także, iż doświadczenie w budowie kolejnych generacji danego produktu i

wprowadzenia korekt do wyrobu jest jednym z czynników charakteryzujących wyroby producentów w danej branży. Istota doświadczenia jest interakcją obserwacji zjawisk występujących w eksploatacji wagonu tramwajowego, szczególnie nowej generacji z działaniami korygującymi pochodzącymi od konstruktorów i technologów będącymi autorami wyrobu. Proces przygotowania produkcji tramwaju jest rozciągnięty w czasie i obejmuje nierzadko kilka wersji wyrobu, a referencję na tramwaj można wystawić dopiero po sprawdzeniu w trakcie eksploatacji większej ilości sztuk, nie zaś 1 egzemplarza, gdzie reprezentatywność podwyższa wielkość próby statystycznej zdarzeń i parametrów jakościowo – niezawodnościowych.

Izba wzięła również pod uwagę opinię przedłożoną przez Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2009 r. podpisaną przez prof. nzw.dr hab. inż Adama S. Dyrektora Instytutu Maszyn Elektrycznych Politechniki Warszawskiej. Z opinii tej wynika, iż z uwagi na zamawianie przez Tramwaje Szczecińskie nowoczesnego taboru tramwajowego, posiadającego sprawdzoną konstrukcję uprawnione jest żądanie przez zamawiającego wykazania się doświadczeniem dostarczenia innym odbiorcom tramwajów podobnych do objętych przedmiotem zamówienia. Cechy zamawianych tramwajów podane przez Zamawiającego tj. wieloczołowe, niskopodłogowe decydują o parametrach trakcyjno-ruchowych i eksploatacyjnych tramwajów, zaś jedynie producenci o wieloletnim doświadczeniu w produkcji tramwajów wieloczołowych, niskopodłogowych mogą zagwarantować jakość wykonania 6 sztuk tramwajów o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, gwarantujących należyłą jakość.

Z uwagi na powyższe oraz niepotwierdzenie się zarzutów Odwołującego odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art.7 ust.1 oraz art.22 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 i 191 a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy 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. 1615, 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 Szczecinie .

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*