

**WYROK**

**z dnia 26 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk

**Członkowie:** Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

**Protokolant:** Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2011 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** w postępowaniu prowadzonym przez **"PKP Intercity" S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17,**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 **zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding** na rzecz **"PKP Intercity" S.A.** kwotę 3 567 **zł 00gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PKP „Intercity” Spółka Akcyjna w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Wyprodukowanie i dostarczenie fabrycznie nowych 30 pasażerskich wagonów piętrowych bez kabin sterowniczych”. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą treści Ogłoszenia o zamówieniu [pkt III.2.3] i SIWZ [VI 1b] oraz braku w SIWZ postanowień regulujących w sposób jednoznaczny sytuację podmiotów spoza Unii Europejskiej zarówno w sferze porównywania takich ofert z ofertami wykonawców z Unii Europejskiej jak również w sferze ustalania ceny ofert wykonawców spoza UE na potrzeby oceny występowania przesłanek unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp w zakresie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie art. 15 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 - poprzez określenie minimalnych wymagań w sposób naruszający uczciwe konkurencje, wykluczający z udziału w postępowaniu a tym samym w dostępie do rynku wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie w zakresie gwarantującym zdolność należytego wykonania zamówienia oraz ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – art. 9 ust., a także art. 18 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 21 Karty Praw Podstawowych poprzez zaniechanie uregulowania w SIWZ sytuacji podmiotów spoza UE zarówno w sferze porównywania ofert tych wykonawców z ofertami wykonawców z Unii Europejskiej jak również w sferze ustalania ceny ofert wykonawców spoza UE na potrzeby oceny występowania przesłanek unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmianę kwestionowanego punktu III.2.3Ogłoszenia i pkt VI 1b SIWZ poprzez dodanie wyrazów: „lub 20 członów pasażerskich pojazdów kolejowych.” oraz nakazanie uzupełnienia postanowienia XIV pkt 14 SIWZ w następujący sposób: „Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłyby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrz wspólnotowego nabycia towarów lub importu, zamawiający w

celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami." i postanowienia XIII SIWZ, poprzez dodanie ust. 5 w brzmieniu: „W wypadku, gdy wykonawca złoży ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrz- wspólnotowego nabycia towarów lub importu, zamawiający doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami". W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów Odwołujący stwierdził, że polscy przedsiębiorcy nie mieli możliwości zdobycia wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w kraju, bowiem ostatnie dostawy wagonów piętrowych dla zamawiających z terytorium Rzeczypospolitej miały miejsce ponad trzy lata od dnia ogłoszenia zamówienia, a obecnie zamawiający oczekują od wykonawców dostaw pojazdów lub nowych dedykowanych dla nich odpowiadających ich specjalistycznym potrzebom. Stwierdził także, że wykonawca jest eksporterem produkowanych pojazdów na rynek europejski oraz do Rosji oraz, że ten warunek dyskryminuje polskich przedsiębiorców.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów wykonawca powołał się na wyrok KIO /UZP/217/10 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie [sygn. akt: IV Ca 429/10] podnosząc, że powstanie zobowiązania zamawiającego do uiszczenia podatku od towarów i usług z tytułu innego pozakrajowego nabycia towarów (importu) nie jest objęte regulacją prawną, co w szczególności wobec treści zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, uznane zostało przez KIO za „techniczna lukę w prawie" oraz potrzebę zastosowania w niniejszej kwestii wnioskowania [argumentum a simili] w konsekwencji dochodząc do konkluzji, że reguła wyrażona w przepisie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp znajduje zastosowanie nie tylko do wewnątrz-wspólnotowego nabycia towarów, ale również do importu towarów, a to z kolei zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług prowadzi do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego w celu zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji zamawiający winien doliczyć do ceny oferty kwotę należnego podatku VAT, który go obciążą.

**Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący uzasadnienie pierwszego z zarzutów, dotyczącego pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt VI 1b SIWZ oparł na twierdzeniu, że polscy przedsiębiorcy nie mieli możliwości zdobycia wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w kraju, bowiem ostatnie dostawy wagonów piętrowych dla zamawiających z terytorium Rzeczypospolitej miały miejsce ponad trzy lata

od dnia ogłoszenia zamówienia. Wykonawca podał także, że jest eksporterem produkowanych pojazdów na rynek europejski oraz do Rosji i w krajach tych jest dopuszczany do wzięcia udziału w zamówieniach na dostawy takich pojazdów, które produkuje specjalnie dla poszczególnych odbiorców zagranicznych, a których wcześniej nie miał w ofercie.

Tak jak ustaliła Izba zgodnie warunkiem ustalonym w Ogłoszenia o zamówieniu [pkt III.2.3] i SIWZ [VI 1b] o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże należyte wykonanie lub wykonywanie dostawy (dostaw) w ramach której (których) dostarczył łącznie nie mniej niż 20 piętrowych wagonów pasażerskich. Tak ustalony warunek zdaniem wykonawcy narusza art. 7 ust.1 oraz art. 22 ust.1 pkt 2 i art. 22 ust.4 ustawy Pzp. Rozpoznając zarzut Izba przede wszystkim stwierdza, że wymaganą dostawę – jak podano w opisie warunku – należy rozumieć jako dostawę zdefiniowaną w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten nadaje dostawie autonomiczne znaczenie, odmienne od pojęcia dostawy w art. 605 k.c., albowiem definicja ustawowa zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp eliminuje obowiązek wytworzenia rzeczy przez wykonawcę zamówienia publicznego. Wykonawcą dostawy może być zatem nie tylko producent (wytwórca), ale także inny podmiot, jak przykładowo podmiot zajmujący się pośrednictwem. Ponadto ten warunek nie dotyczy realizacji dostaw tylko na terenie RP. Z powyższego warunku nie wynika także, że zgodnie z nim dostawa miałaby obejmować wyprodukowanie i dostarczenie fabrycznie nowych 20 piętrowych wagonów pasażerskich. To oznacza, że kwestionowanie tego warunku z żądaniem jego uzupełnienia o dostawę także 20 członów pasażerskich pojazdów kolejowych, których producentem jest wnoszący odwołanie wykonawca nie znajduje oparcia w powołanym w kwestionowanym warunku przepisie art. 2 pkt 2 ustawy Pzp definiującym pojęcie dostawy. Także treść tego warunku nie potwierdza, że zarzut naruszenia art. 22 ust.4 ustawy Pzp jest zasadny. Zgodnie ze wskazanym art. 22 ust.4 ustawy Pzp warunek udziału w postępowaniu nie może abstrahować od przedmiotu zamówienia. Nie jest zatem możliwe takie sformułowanie warunku, który nie jest powiązany z przedmiotem zamówienia. Przepis ten nakazuje także dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunku, tak aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a zatem zachowujący proporcje do całości tego przedmiotu i tym samym nie nadmierny do przedmiotu zamówienia. Izba zauważa także, że zarówno z orzecznictwa KIO jaki orzecznictwa sądowego wynika, że przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw [czy usług lub robót budowlanych] spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet w odniesieniu do tych które mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że sporny warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, dotyczy bowiem w tym przypadku dostawy, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest wytworzenie i dostawa. Także proporcjonalność warunku, zdaniem Izby, nie jest przez wykonawcę kwestionowana. Przyjęcie bowiem, że w tym przypadku proporcjonalność wyraża się w rodzaju taboru [wagonów] objętego dostawą, których producentem

aktualnie nie jest wnoszący odwołanie wykonawca nie jest uzasadniona. Izba zgadza się także ze stanowiskiem Zamawiającego, wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, że wybór rodzaju taboru objętego dostawą odnosi się do taboru, który jest przedmiotem rzeczywistej zamawianej dostawy. Ponadto zdaniem Izby, w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wykazał, że wymagane dostawą piętrowe wagony pasażerskie w stosunku do członów pasażerskich zarówno konstrukcyjnie jak i technologicznie są różnymi rozwiązaniami.

Także drugi z zarzutów, dotyczący braku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień regulujących w sposób jednoznaczny sytuację podmiotów spoza Unii Europejskiej zarówno w sferze porównywania takich ofert z ofertami wykonawców z Unii Europejskiej jak również w sferze ustalania ceny ofert wykonawców spoza UE na potrzeby oceny występowania przesłanek unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Powołany przez wykonawcę w odwołaniu wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt: IV Ca 429/10 jednoznacznie rozstrzyga, że brzmienie przepisu art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp nie pozwala na nadawanie temu przepisowi innego znaczenia niż wynikające z jego literalnej wykładni. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Sąd stwierdził także, że (...) Za całkowicie chybiony należy uznać zarzut, (...) że zastosowanie takiej wykładni literalnej godzi w podstawowe zasady tej ustawy tj. zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem unieważnienie postępowania z przyczyn określonych w art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp nie wpływa na realizację uprawnień wykonawców do uczestnictwa w postępowaniu, albowiem unieważnienie postępowania następuje po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając § 3 pkt 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.

.....  
.....  
.....