

WYROK
z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2019 r. przez **Odwołującego –P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych** w Trzeciewnicy, ul. Powstańców Wlkp. 13 (89-100 Nakło nad Notecią)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Szybką Kolej Miejską Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 125/127 (02-017 Warszawa)

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Pojazdów Szynowych i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego P. M. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego – P. M. na rzecz Zamawiającego – Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. z/s w Warszawie na *wykonanie obsługi 4-go poziomu utrzymania na czterech elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 19WE zgodnie z DSU dla EZT typu 19WE i wykonanie prac dodatkowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 19WE oraz wykonanie prac dodatkowych pozaplanowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 19WE* (nr postępowania: OZP-351-11/19), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 07.11.2019 r., 2019/S 215-528735, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu – opisu warunku udziału w postępowaniu, zmodyfikowanego w dniu 22.11.2019 r., Wykonawca P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 2 grudnia 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2433/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a przez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który utrudnia konkurencję, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia oraz siwz na:

- wykonawca wykaże, że dysponuje odpowiednią zdolnością zawodową, tj. posiada doświadczenie w realizacji usług, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował lub realizuje należycie minimum 1 (jedną) obsługę 4-go poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem falownikowym

alternatywnie

- wykonawca wykaże, że dysponuje odpowiednią zdolnością zawodową, tj. posiada doświadczenie w realizacji usług, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował lub realizuje należycie minimum 3 obsługi 3-go poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem falownikowym

alternatywnie

- wykonawca wykaże, że dysponuje odpowiednią zdolnością zawodową, tj. posiada doświadczenie w realizacji usług, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował lub realizuje należycie minimum 3 obsługi poziomu P3.2 utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem falownikowym.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający zmodyfikował warunek w ten sposób, iż w miejsce wykonania minimum 5 obsług 4-go poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem falownikowym wprowadził wymóg wykonania należytego minimum 3 (trzech) obsług 4-go poziomu utrzymania elektrycznych zespołów z napędem falownikowym.

Wykazanie się doświadczeniem mniejszym, niż żąda obecnie Zamawiający, będzie wystarczające dla zagwarantowania, że wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego warunek co do wymaganej ilości obsługi w połączeniu z poziomem utrzymania jest nadmierny i nieadekwatny, a Wykonawca nie jest w stanie złożyć przy tym warunku oferty.

Pojazdy objęte przedmiotem zamówienia są objęte gwarancją na silniki trakcyjne firmy ASO Mieczkowski po przeglądzie P3. Odwołujący posiada zatem wiedzę co do pojazdów objętych tym zamówieniem, gdyż dokonywał naprawy kluczowego elementu pojazdu jakim jest silnik z napędem falownikowym.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie (pismo z 16.12.2019 r.). Wskazał na zakres przedmiotu zamówienia, który obejmuje cztery obsługi poziomu 4-tego pojazdów EZT typu 19WE. Usługa ta polega na rozebraniu pociągu na części pierwsze, ich ocenie, naprawie lub wymianie i ponownym montażu. Zamawiający założył, iż w dużej części usługa wykonywana będzie jednocześnie na dwóch elektrycznych zespołach trakcyjnych. W związku z powyższym, Zamawiający przyjął, że dla wykazania zdolności do wykonania zamówienia wykonawcy powinni wykazać, że wykonywali usługi tego rodzaju co najmniej kilka razy, ponieważ dopiero wtedy można uznać, że wiedzą jak zaplanować i wykonać wszystkie czynności w ramach obsługi P4. Zamawiający wskazał na różnice w zakresach poziomów obsługi, gdzie poziomy 1 do 3 stanowią przeglądy okresowe, gdzie zakład naprawczy dokonuje przeglądu, kontroli, czyli diagnostyki elementów pociągu w celu wykrycia ewentualnego nadmiernego zużycia lub usterki. Poziomy utrzymania 4 i 5

określane są mianem napraw i pozwalają na przywrócenie EZT do stanu pierwotnego. Na tą okoliczność przedłożył dokumentację techniczną poszczególnych zakresów obsługi.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było opisanie warunku udziału w postępowaniu. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o ograniczeniu konkurencji poprzez ustalenie zbyt wygórowanego warunku, który uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutu prowadziła do braku możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez Odwołującego, chociaż w jego ocenie posiada on niezbędną wiedzę do należytego wykonania przedmiotu świadczenia. Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesów wykonawcy w postępowaniu, przede wszystkim przez usunięcie zapisów, które ustalają zbyt wygórowane wymagania podmiotowe.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

W świetle przedstawionych stanowisk oraz analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie czterech obsług technicznych poziomu P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 19WE według zatwierdzonej przez Prezesa UTK Dokumentacji Systemu Utrzymania EZT 19WE oraz wykonanie dodatkowych prac związanych z obsługą techniczną poziomu P4 wykraczających poza zakres prac przewidzianych w DSU EZT 19WE. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Usługa planowana jest do wykonania do dnia 31 sierpnia 2020r.

W opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał, iż uzna warunek za spełniony, *jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje odpowiednią zdolnością zawodową, tj. posiada doświadczenie w realizacji usług, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował lub realizuje należycie minimum 3 obsług 4-go poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem falownikowym (pkt 7.2 siwz po modyfikacji).*

Na rozprawie Odwołujący przedłożył dowody na okoliczność posiadanego doświadczenia w obsłudze elektrycznych zespołów trakcyjnych, w tym umowę nr CRU-K/OI/9/2019 na wykonanie przeglądu czwartego poziomu utrzymania dla pojazdu EN98-003.

Na podstawie poczynionych powyżej ustaleń Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty podniesione w odwołaniu sprowadzały się zasadniczo do oceny adekwatności i proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej od wykonawców zdolności zawodowej. Odwołujący przedstawił własne doświadczenie w zakresie wykonywanych obsług EZT, które w świetle zapisów siwz nie pozwalało na uznanie go za zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia. W dużej części usługi, jakimi mógł się okazać dotyczyły bądź mniejszej ilości obsług czwartego poziomu utrzymania EZT z napędem falownikowym, bądź dotyczyły obsługi niższego poziomu – trzeciego. Zamawiający natomiast wskazywał na argumenty, które pozwalały ocenić postawiony warunek w świetle wytycznych z art. 22 ust. 1 a Ustawy.

Zgodnie z przywołaną podstawą prawną, *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówieni, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Powyższe wyznaczało zakres rozpoznania i oznaczało konieczność rozważenia, czy ustalony jako minimalny warunek dotyczący zdolności zawodowej mógł być uznany, za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i pozwalał ocenić zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Oddalając odwołanie w całości Izba stanęła na stanowisku, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności zawodowej odnosił się rodzajowo do zakresu prac objętych obsługą P4, której poddane mają być pojazdy w ramach zawartej umowy. Argumenty Odwołującego o możliwości uznania jako proporcjonalne do przedmiotu

zamówienia obsługi niższego poziomu (3 lub 3.2), nie miały uzasadnienia w zakresie rzeczonych usług. Przede wszystkim na uwagę zasługiwał argument dotyczący różnego zakresu prac przypisanych w dokumentacji technicznej do poszczególnych poziomów obsługi EZT. Złożoność, jak i zakres czynności jest pomiędzy tymi poziomami nieporównywalny. W ocenie Izby nie ma żadnego uzasadnienia dla przyjęcia, iż prace diagnostyczne prowadzone w ramach przeglądów okresowych należy zrównać z naprawą pojazdu, która wymaga sprawdzenia działania wszystkich wskazanych w dokumentacji elementów. Co istotne, obsługa poziomu P4 wymaga rozebrania pojazdu, jego ponownego zmontowania (po naprawach) i uruchomienia. Porównywanie zatem różnych zakresów prac w tym przypadku nie miało podstaw. Izba uznała zatem, iż wskazanie w opisie warunku na konieczność wykazania się doświadczeniem w obsłudze poziomu P4 (bez ograniczania tego doświadczenia do konkretnego typu pojazdy EZT) nie narusza przepisu art. 22 ust. 1a Ustawy.

Kolejnym elementem opisu warunku kwestionowanym w odwołaniu było wskazanie minimalnej ilości prac – tj. trzech usług EZT poziomu czwartego. Ilość ta faktycznie mogła stanowić dla Wykonawcy barierę, która nie oznaczała automatycznie, że opis warunku jest nadmierny/nieproporcjonalny i przez to ogranicza w sposób niedopuszczalny konkurencję w postępowaniu. Na wstępie należy zauważyć, iż oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi. To nie interes wykonawcy powinien w tym zakresie determinować ocenę warunku, ale cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu. Niewątpliwym celem Zamawiającego było sprawdzenie zdolności podmiotu do należytego wykonania usługi, której beneficjentami ostatecznie stają się pasażerowie. Zamawiający uprawniony jest do postawienia wysokich, ale nadal mieszczących się w realiach konkretnego zamówienia wymagań, jeżeli te mogą zwiększyć szansę na wybór wykonawcy, który w sposób należyty zrealizuje usługę. W ocenie składu orzekającego Odwołujący zmierzał do takiego obniżenia warunków, które pozwolą mu złożyć ofertę, co kłóciło się z potrzebami Zamawiającego pozyskania wykonawcy, który posiada już minimalne doświadczenie. Należy w tym miejscu zauważyć, iż minimalne doświadczenie powinno być opisywane z uwzględnieniem specyfiki, stopnia skomplikowania oraz złożoności konkretnego przedmiotu zamówienia, a nie jako doświadczenie minimalne do wykonania danego rodzaju prac – tj. w oderwaniu od realiów przedmiotu świadczenia. Przy zamówieniach, w których stopień skomplikowania prac podnosi wymagania wobec wykonawców, nie każdy podmiot działający na rynku będzie uznany za zdolnego do wykonania zamówienia. W ocenie Izby, wskazanie na trzy usługi nadal pozostawało proporcjonalne do zakresu usługi, która obejmować będzie obsługę

czterech EZT. Nie można wskazać, aby było to żądanie wygórowane, a jedynym argumentem dla odparcia tej oceny było przekonanie Odwołującego co do gotowości technicznej wykonania prac.

W świetle powyższego, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego o obciążyla nimi Odwołującego.

Przewodniczący: