

**WYROK**  
**z dnia 4 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Modertrans Poznań Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółkę Akcyjną w Krakowie

przy udziale wykonawcy Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Modertrans Poznań Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Modertrans Poznań Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Modertrans Poznań Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu j na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółki Akcyjnej w Krakowie kwotę 4.092 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie dwóch pełnomocników oraz opłat skarbowych od dwóch pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Krakowie.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka Akcyjna w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup 60 sztuk niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 30 kwietnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 084-202369. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

10 maja 2019 r. zamawiający zmienił postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, w związku z czym 20 maja 2019 r. Modertrans Poznań Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III pkt. 1.4.2 SIWZ, zgodnie z którym:

„1.4.2. Zamawiający wymaga, by w celu potwierdzenia zdolności technicznej Wykonawca, wykazał się doświadczeniem, że świadczył usługi opieki technicznej polegające co najmniej na usuwaniu usterek i wad oraz wymianie części i podzespołów, przez okres kolejnych 12 miesięcy w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dla co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych wieloczlonych tramwajów, napędzanych silnikami prądu przemiennego, częściowo lub całkowicie niskopodłogowych, z wózkiem/wózkami zabudowanymi w części niskiej podłogi.”

- w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niemający na celu realnej weryfikacji zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób rażąco naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim warunek ten określa wymóg aby tramwaj którego opieką techniczną miałby wykazać się wykonawca, posiadał zabudowane: wózek/wózki w części niskiej podłogi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zaskarżonych warunków udziału w postępowaniu przez nadanie mu brzmienia:

„1.4.2. Zamawiający wymaga, by w celu potwierdzenia zdolności technicznej Wykonawca, wykazał się doświadczeniem, że świadczył usługi opieki technicznej polegające co najmniej na usuwaniu usterek i wad oraz wymianie części i podzespołów, przez okres kolejnych 12 miesięcy w ciągu

ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dla co najmniej 15 sztuk fabrycznie nowych wieloczołowych tramwajów, napędzanych silnikami prądu przemiennego, częściowo lub całkowicie niskopodłogowych.”

- tj. przez usunięcie wymogu posiadania doświadczenia w opiece technicznej nad tramwajami posiadającymi wózek / wózki zabudowane w części niskiej podłogi.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że z uwagi na przedmiot zamówienia, co do zasady, warunek udziału związany z doświadczeniem w serwisowaniu tramwajów nisko podłogowych nie jest nieuzasadniony, jednak zamawiający w sposób ścisły ustalił, jakie tramwaje powinny być wcześniej serwisowane przez wykonawców. Zamawiający nie ograniczył się do wskazania wyłącznie typów (częściowo niskopodłogowy i niskopodłogowy), ale też dokładnie określił miejsce zabudowy wózków (zabudowane w części niskiej podłogi) to właśnie wskazanie sposobu montażu wózków przesądza o niezgodności warunku z udziału z ustawą.

Odwołujący podniósł, że miejsce zabudowy wózków nie ma żadnego wpływu na zakres czynności serwisowych, wymaganych opisem przedmiotu zamówienia, jakie muszą być realizowane w dostarczonym tramwaju. Zakres i przedmiot czynności serwisowych jest dokładnie taki sam, niezależnie od lokalizacji wózków pod tramwajem. Wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji czynności serwisowych dla tramwajów nieposiadających wózków w obszarze niskiej podłogi będzie w pełni zdolny do wykonania takich czynności również w przypadku tramwajów objętych zamówieniem.

Wyjaśnił, że zarówno tramwaje z wózkami zabudowanymi w części nisko podłogowej, jak i te, które w niskiej podłodze nie posiadają wózków, napędzane są silnikami prądu przemiennego. Silniki prądu przemiennego do tramwajów produkowane są przez tych samych dostawców (przede wszystkim VEM, Emit, Skoda, TSA]. Poszczególni producenci nabywają i wyposażają produkowane pojazdy zatem w silniki prądu przemiennego, niezależnie od rodzaju zastosowanego rozwiązania w zakresie lokalizacji wózków. W konsekwencji doświadczenie zdobyte w zapewnianiu opieki technicznej silników nie jest powiązane z faktem, czy w części niskiej podłogi jest wózek, czy też go nie ma.

Odwołujący wywiódł, że układy napędowe w tramwajach, które w części niskiej podłogi posiadają, czy też nie, wózek, oparte są na tej samej technologii. Zasada działania i poszczególne jego podzespoły są identyczne. Wykonanie diagnostyki odbywa się również w ten sam sposób. W tramwajach tych, niezależnie, czy w części niskiej podłogi jest wózek, czy też go nie ma, występują magistrale danych - CAN i Ethernet - zasada działania jest identyczna. Pozostałe komponenty, urządzenia systemy i układy w tych tramwajach również są identyczne i mogą pochodzić od tych samych producentów (dla przykładu: odbierak prądu, układ klimatyzacji i ogrzewania, itp.). Technologia wykonywania napraw mechanicznych tramwajów także jest taka sama. Dokonywane są one również przy użyciu tego samego wyposażenia.

Wskazał, że tramwaje niezależnie od tego, czy w części niskiej podłogi posiadają wózek czy też nie, przechodzą takie same cykle serwisowe dla układów napędowych, silników

trakcyjnych, przekładni, hamulców szynowych, kół, klimatyzatorów, wózków, drzwi, oświetlenia zewnętrznego i wewnętrznego. W przypadku konieczności dokonania regeneracji wózków lub usunięcia poważnych uszkodzeń (wymiana silnika, przekładni) w obrębie wózka tramwajowego, wózek musi zostać wymontowany z tramwaju. Naprawa odbywa się wówczas na zewnątrz, a nie zaś „pod tramwajem”. W konsekwencji występowanie lub brak wózka w części niskiej podłogi pozostaje bez żadnego wpływu na te czynności. Dla prac serwisowych miejsce montażu wózków pod tramwajem nie ma żadnego znaczenia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z warunkiem udziału określonym w rozdz. III pkt. 1.4.1 SIWZ zamawiający wymaga dodatkowo, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w produkcji tramwajów i podkreślił, że każdy producent posiada pełną dokumentację projektową oraz sprawuje bezpośredni nadzór nad budową samych pojazdów, jak i również dysponuje kompletem części niezbędnym do budowy tramwaju w całości. Całość dokumentacji technicznej, w oparciu o którą będą wykonywane obsługi techniczne, sporządzana jest przez producenta tramwaju. Posiada on zatem najpełniejszą wiedzę w zakresie serwisowania wyprodukowanych pojazdów. Do wykonania diagnostyki i napraw tramwajów (niezależnie czy tramwaj w części niskiej podłogi posiada wózek/wózki czy też nie) wykorzystywane są te same narzędzia i elementy wyposażenie zajezdni. Żaden inny podmiot nie dysponuje zatem tak szczegółową wiedzą techniczną, oraz możliwościami serwisowymi, w zakresie oferowanych tramwajów. Chociażby z uwagi na ten fakt, uznać należy że producenci są w stanie zapewnić odpowiedni standard serwisu oferowanych przez siebie tramwajów. Wymagany poziom zdolności wykonawców do serwisowania tramwajów stanowiących przedmiot zamówienia zapewnia zatem już warunek sformułowany w rozdz. III pkt 1.4.1 SIWZ.

Z tych powodów zdaniem odwołującego przyjąć należy, że w celu wykazania możliwości zapewnienia opieki technicznej tramwajów objętych zamówieniem, zbędne jest wskazywanie czy wcześniej serwisowane tramwaje częściowo niskopodłogowe miały wózek/wózki zlokalizowane w części niskiej podłogi.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z warunku udziału w postępowaniu w jego obecnym brzmieniu wynika ponadto, iż zamawiający za w pełni wystarczające uznaje zabudowanie chociaż jednego wózka w obszarze niskiej podłogi, bez znaczenia, czy jest to wózek napędowy czy toczny. Bez znaczenia dla zamawiającego pozostaje zatem sposób zabudowania bądź umiejscowienia wózka napędowego. Konstrukcja wózków tocznych zasadniczo różni się od konstrukcji wózków napędowych. Wózki toczne nie posiadają w szczególności silników oraz przekładni. Pozwala to na ich łatwiejszy montaż pod powierzchnią niskiej podłogi. Serwis wózków tocznych jest również znacznie ułatwiony, w porównaniu z serwisem wózków napędowych. Sama konstrukcja wózków tocznych jest identyczna, niezależnie od tego czy zostaną zamontowane pod niską podłogą, czy też nie. Okoliczność ta potwierdza dodatkowo, iż zaskarżona treść warunku udziału w postępowaniu nie służy weryfikacji realnej zdolności wykonawcy do zrealizowania zamówienia, a ma na celu jedynie formalną eliminację niektórych wykonawców obiektywnie zdolnych do

wykonania zamówienia, w tym m.in. odwołującego.

Podkreślił również, że w żadnym z postanowień SIWZ ani też załączników zamawiający nie zawarł wprost wymogu, iż zamawiane (i serwisowane) tramwaje muszą posiadać wózek lub wózki zabudowane w części niskiej podłogi.

Wykonawca Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jako wykonawca zainteresowany zawarciem umowy z zamawiającym ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący nie może wykazać spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, co eliminuje go z udziału w postępowaniu i skutkuje możliwością poniesienia przez niego szkody.

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami, a treść warunku udziału w postępowaniu zawartego w rozdziale III pkt. 1.4.2 SIWZ w brzmieniu nadanym 10 maja 2019 r. została przywołana przez odwołującego zgodnie z jego rzeczywistym brzmieniem. Jego ponowne przytaczanie jest zbędne.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Kwestią sporną jest ocena treści tego warunku pod kątem dyrektyw zawartych w art. 22 ust. 1a Pzp, którego naruszenie zarzuca odwołujący. Przepis ten stanowi, że 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 zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Warunek udziału w postępowaniu ustalony przez zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcji do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny i w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wynika to nie tylko z zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, ale znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści art. 22 ust. 1a *in fine* Pzp

stanowiącym o minimalnych poziomach zdolności.

Pojęcie proporcjonalności nie posiada definicji ustawowej, jednak jego rozumienie zostało szeroko wyjaśnione w orzecznictwie. W orzecznictwie TSUE określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję".

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu pojęcie proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Na takie rozumienie zasady proporcjonalności zwracał uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08)*, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie *Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03)* Trybunał orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Zamawiający jest zatem zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Przeniesienie tych dyrektyw na zasady rządzące postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą prowadzi do przekonania, że obowiązkiem zamawiającego jest wykazanie związku dokonanego opisu warunku udziału w postępowaniu z wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Natomiast od odwołującego należy oczekiwać nie tylko dowodów na nadmierność wymagań zamawiającego, ale przede wszystkim wykazania, że jest wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia. W przypadku sporu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu *onus probandi* nie zostaje w całości przeniesiony na zamawiającego, lecz zgodnie z podstawową regułą wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp w związku z art. 6 k.c. w przeważającej części spoczywa na odwołującym się wykonawcy.

Odnosząc omówione poglądy do okoliczności badanej sprawy Izba uznała, że zamawiający oraz przystępujący po jego stronie wykazali zasadność ustalenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej w zakresie doświadczenia. Przede wszystkim Izba uznała, że zamawiający wykazał różnice w zakresie konstrukcji pomiędzy tramwajami z wózkami

zabudowanymi w części niskiej i w części wysokiej podłogi. Różnice konstrukcyjne potwierdzają rysunki poglądowe wózka nisko- i wysokopodłogowego, fotografie obu typów wózków, graficzny przekrój przedstawiający zabudowę pudła wagonu z wykorzystaniem wózka wysoko- i niskopodłogowego (załączniki nr 10-13 do odpowiedzi na odwołanie) oraz opinia Instytutu Pojazdów Szynowych Wydziału Mechanicznego Politechniki Krakowskiej (załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie, str. 15-17). Na podstawie tej opinii Izba uznała również za trafny pogląd zamawiającego, że z postanowień Specyfikacji Technicznej Tramwaju (załącznik nr 1 do SIWZ) wynika możliwość spełnienia wymagań zamawiającego jedynie w przypadku zabudowania co najmniej jednego wózka pod częścią podłogi niskiej (str. 11-15 opinii). Opinia ta wydana została na podstawie m.in. dokumentacji tego postępowania i Izba nadała jej większą moc dowodową niż opiniom Wydziału Inżynierii Transportu Politechniki Poznańskiej przedstawionym przez odwołującego, które odnosiły się do kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w sposób bardziej ogólny, bez umocowania w opisie technicznych wymagań zamawiającego dotyczących zamawianych tramwajów.

Pogląd odwołującego, że zamawiający nie wskazał wprost w SIWZ obowiązku zabudowy wózka pod niską częścią podłogi nie potwierdza słuszności zarzutu odwołania, skoro powyższe jest możliwe do ustalenia w sposób jasny z brzmienia innych postanowień SIWZ. Niezależnie od stanowiska samego zamawiającego oraz wywodów opinii, potwierdzają to również rysunki tramwajów złożonych zamawiającemu przez 7 uczestników dialogu technicznego (załącznik nr 9, zastrzeżony przez zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa). Wynika z nich, że w projektach wszystkich wykonawców wózki zabudowane były pod niską częścią podłogi. Wobec tego z braku dostatecznego dowodu na twierdzenie przeciwne Izba uznała zamieszczenie w treści warunku wymagania dotyczącego zabudowy wózka w części niskiej tramwaju za związane z przedmiotem zamówienia.

Zarzut odwołującego w warstwie merytorycznej zasadza się na trzech tezach uzasadniających brak proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze, że producent danego tramwaju ma dostateczne kompetencje, do wykonania usług opieki technicznej. Po drugie, że zakres przedmiotowy warunku jest nieuzasadniony w świetle obowiązków opieki technicznej nałożonej na wykonawcę. Po trzecie, że nie ma zasadniczej różnicy w zakresie czynności serwisowych w odniesieniu w obu typów tramwajów.

Izba nie zgadza się z tymi poglądami. Po pierwsze: producent danego tramwaju ma wiedzę wynikającą z zaprojektowania, zbudowania oraz przygotowania do eksploatacji danego tramwaju oraz przygotowanie dokumentacji technicznej i jest teoretycznie przygotowany do świadczenia usług serwisowych lub wchodzących w skład opieki technicznej w rozumieniu zaprezentowanym przez zamawiającego. Nie posiada jednak doświadczenia wynikającego z praktyki związanej z serwisowaniem danego pojazdu w trakcie jego eksploatacji. Argumentacja odwołującego zmierza w tym zakresie do wykazania zbędność posiadanie doświadczenia w zakresie opieki technicznej,

co nie znajduje uzasadnienia. Po drugie, Izba uznała warunek z uzasadniony w świetle wymagań SIWZ. Jakkolwiek zamawiający w preambule do SIWZ wskazał na posiadany przez siebie potencjał w zakresie naprawy, to obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie usług gwarancyjnych oraz szkoleniowych opisanych w załączniku nr 3 i 10 do SIWZ. Prawidłowe wykonanie tych obowiązków umownych ma zapewnić posiadanie przez wykonawcę wymaganego doświadczenia. Zwraca również uwagę, że zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek przeszkolenia pracowników zamawiającego w tym również w zakresie poszczególnych zakłóceń oraz postępowania z nimi oraz napraw. Prawidłowe wykonanie tego zobowiązania wyłącznie na podstawie doświadczenia wynikającego z produkcji tramwaju bez doświadczenia wynikającego z wykonywania usług serwisowych, gwarancyjnych lub opieki technicznej nie jest możliwe. W związku z tym podzielono pogląd, że wiedza wykonawcy wynikająca ze świadczenia usług opieki technicznej ma znaczenie nie tylko dla jakości projektu oraz produkcji tramwaju, ale również dla prawidłowego wykonania zobowiązań dotyczących rękojmi i gwarancji. Po trzecie, można uznać, że katalog czynności serwisowych w odniesieniu do tramwajów z wózkami zabudowanymi w części niskiej podłogi jest zbliżony lub taki sam, jak w przypadku tramwajów z wózkami zabudowanymi w wysokiej części podłogi, jednak realizacja tych czynności z całą pewnością będzie wyglądać inaczej, a prawidłowe ich wykonanie w odniesieniu do tramwajów z wózkami zabudowanymi pod częścią niską podłogi wymaga specyficznego doświadczenia (str. 17 opinii Politechniki Krakowskiej).

Izba uznała, że wymagania zamawiającego, które mogą być spełnione przez świadczenie usługi opieki technicznej tramwaju częściowo niskopodłogowego w jednym wózkiem zabudowanym w części niskiej podłogi nie są nadmierne. Zamawiający w pkt I.10 Specyfikacji Technicznej Tramwaju wymagał pojazdu, z co najmniej 4 wózkami. Biorąc pod uwagę pozostałe wymagania STT oraz argumentację powołaną w opinii Politechniki Krakowskiej, przy uwzględnieniu, że udział podłogi niskiej wynosi co najmniej 85% ogólnej powierzchni podłogi (pkt I.19 STT) uznać należy, że jedynie wózki skrajne mogą znajdować się pod podłogą wysoką, natomiast wózek 2 i 3 pod podłogą niską. Ta konstatacja przeczy również tezie odwołującego o preferowaniu w ramach kryteriów oceny ofert tramwajów z wózkami zabudowanymi pod częścią wysoką podłogi.

Za uznaniem skarżonego warunku za nienadmierny przemawia również fakt, że zamawiający ustalił krótki okres referencyjny w zakresie świadczenia usług opieki technicznej - okres kolejnych 12 miesięcy w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Z orzecznictwa wynika również, że obowiązkiem zamawiającego jest również zbadanie sytuacji na rynku. Zamawiający oświadczył, że w czasie dialogu konkurencyjnego prowadzonego z 7 wykonawcami otrzymał potwierdzenie spełnienia wymagań warunku udziału w postępowaniu.

Za uznaniem, że zamawiający nie naruszył art. 22 ust. 1a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, przemawia również brak wykazania przez odwołującego zdolności do wykonania zamówienia.



Odwołujący podjął jedynie próbę wykazania podobieństwa konstrukcyjnego a co za tym idzie czynności opieki technicznej (serwisu i gwarancji) tramwajów z wózkiem zabudowanym pod częścią niską oraz pod częścią wysoką podłogi. Wykonawca nie powołał jednak własnego konkretnego doświadczenia, co w powiązaniu z przedstawioną argumentacją nie pozwala na uznanie go za wykonawcę zdolnego do należytego wykonania danego zamówienia. Samo ogólne wskazanie przez odwołującego, że zamawiający nie przeprowadził tzw. testu proporcjonalności, o którym wypowiedział się ETS w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/99 K. W. E. v. K. H., jest niewystarczające.

W konsekwencji Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba nie zasądziła kosztów opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz kosztu dojazdu wszystkich pełnomocników zamawiającego na posiedzenie. Po myśli § 3 pkt 2 *in initio* tego aktu prawnego Izba zasądza „uzasadnione koszty postępowania odwoławczego”. Biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz udział pełnomocników zamawiającego w rozprawie Izba uznała za uzasadnione koszty radcy prawnego, który przygotował odpowiedź na odwołanie oraz reprezentował zamawiającego przed Izbą oraz dodatkowo jednego pełnomocnika, który argumentował stanowisko zamawiającego od strony technicznej. Koszty pozostałych pełnomocników Izba uznała za nieuzasadnione i nie obciążyła nimi strony przegrywającej.

**Przewodniczący:** .....