

Sygn. akt KIO 869 /10

KIO 870 /10

KIO 871 /10

WYROK
z dnia 31 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Honorata Łopianowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **14 maja 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych:

- A. w dniu 11 maja 2010 r. przez Skoda Transportation a.s., 30-128 Pilzno, Tyloma 1/57, Republika Czeska,**
- B. w dniu 11 maja 2010 r. przez Thales Rail Signalling Solutions sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań,**
- C. w dniu 11 maja 2010 r. przez VAGONMASH Niejawna Spółka Akcyjna 115 Moskovsky Pr, 196084 St. Petersburg Federacja Rosyjska,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Metro Warszawskie Sp. z o.o.** ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa,

orzeka:

1. A. oddala odwołanie,

B. uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez wskazanie w treści siwz, iż zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne do systemu SOP-3 w części dotyczącej urządzeń pojazdowych oraz szczegółowe i wyczerpujące określenie pełnych wymagań

dotyczących funkcjonalności systemu automatycznego prowadzenia pociągów tj. w sposób pozwalający wykonawcom na precyzyjną ocenę możliwości zaoferowania takiego rozwiązania,

C. uwzględni odwołanie i nakazuje:

- zmianę treści postanowienia zawartego w pkt III.2.3)I. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w taki sposób, by wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem „w wykonaniu i przekazaniu do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy, z których co najmniej dla jednego składu wagonów - dla każdego z wagonów wykonawca uzyskał dokument potwierdzający dopuszczenie danego typu wagonów do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”,
- zmianę treści siwz, poprzez sprostowanie postanowienia zawartego w pkt 3.1.a Specyfikacji technicznej, zgodnie z treścią warunku zawartego w ogłoszeniu (pkt III.2.3.I) oraz doprecyzowanie w pkt III.2.3.III ogłoszenia i pkt 5.2.2. ppkt 2 siwz pojęcia „wdrożona technologia” i „nowoczesny system”,
- zmianę treści opisu sposobu oceny spełniania warunku zawartego w pkt III.2.3.II ogłoszenia i pkt 5.2.2.ppkt 1 siwz, poprzez wykreślenie sformułowania „wyposażonym w urządzenia pozwalające na sprawdzenie w ramach wstępnych prób odbiorowych poprawnego działania systemu automatycznego prowadzenia pociągów”,
- zmianę treści opisu sposobu oceny spełniania warunku zawartego w pkt III.2.3.III ogłoszenia i pkt 5.2.2 ppkt 2 siwz, poprzez wykreślenie sformułowania „w tym co najmniej spawaniem aluminium”.

2. Kosztami postępowania obciąża **Metro Warszawskie Sp. z o.o. ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa i Skoda Transportation a.s., 30-128 Pilzno, Tyloma 1/57, Republika Czeska,** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych:
 - A.** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Skoda Transportation a.s., 30-128 Pilzno, Tyloma 1/57, Republika Czeska,** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- B.** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Thales Rail Signalling Solutions sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
 - C.** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **VAGONMASH Niejawna Spółka Akcyjna 115 Moskovsky Pr, 196084 St. Petersburg Federacja Rosyjska**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A.** kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie,
 - B.** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Metro Warszawskie Sp. z o.o. ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa** na rzecz **Thales Rail Signalling Solutions sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
 - C.** kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Metro Warszawskie Sp. z o.o. ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa** na rzecz **VAGONMASH Niejawna Spółka Akcyjna 115 Moskovsky Pr, 196084 St. Petersburg Federacja Rosyjska** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thales Rail Signalling Solutions sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań**, stanowiącej kwotę przewyższającą należny wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „DOSTAWĘ 35 POJAZDÓW SZESCIOWAGONOWYCH METRA” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 85-128206 w dniu 1 maja 2010 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2010 r.

A. sygn. akt KIO/UZP 869/10

Wykonawca SKODA TRANSPORTATION a.s wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu większej ilości wykonawców, w tym odwołującemu - zdolnych do należytego wykonania zamówienia i posiadających niezbędną w tym celu wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny oraz dysponujących osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a także znajdujących się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- 2) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając wzięcie udziału w postępowaniu większej ilości wykonawców;
- 3) § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez żądanie, na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy

i doświadczenia, wykazu wykonanych dostaw w zakresie zbędnym do wykazania spełniania tego warunku. Zdaniem odwołującego zamawiający błędnie założył, że wykaz dostaw niezbędnych do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia stanowi wykaz wykonanych i przekazanych do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów Metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartej w:

1) sekcji III. 2.3 I ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 5.2.1 siwz - przez zastąpienie treści warunku: „Wykonawca musi wykazać, że posiada niezbędne doświadczenie w produkcji taboru metra i wykazać, że wykonał i przekazał do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”

zapisem o treści: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną dostawę, której przedmiotem były pojazdy szynowe o napędzie elektrycznym przeznaczone do przewozu pasażerów, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej o wartości nie mniejszej niż 38 000 000,00 złotych netto”, lub:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną dostawę, której przedmiotem było co najmniej 10 elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu osób, złożonych z minimum 3 wagonów każdy, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”, lub:

„Wykonawca musi wykazać, że posiada niezbędne doświadczenie w produkcji taboru metra i wykazać, że wykonał i przekazał do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej lub zmodernizował i przekazał do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 10 pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów

każdy, które to otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”.

Odwołujący stwierdził, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem na skutek wadliwej czynności zamawiającego, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji odwołujący może ponieść szkodę, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp do wniesienia odwołania.

Odwołujący powołał się na wymóg zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą kodu CPV 34600000-3, który w rozporządzeniu Komisji WE nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV, ten został opisany jako „Lokomotywy kolejowe i tramwajowe oraz tabor kolejowy i podobne elementy”. Odwołujący wskazał, że skoro przedmiotem zamówienia jest dostawa, to ograniczanie kręgu wykonawców zamówienia publicznego wyłącznie do producentów, należy uznać za praktykę ograniczającą uczciwą konkurencję. W świetle art. 2 pkt 2 Pzp, nie tylko producent może być wykonawcą dostaw w reżimie zamówień publicznych. Pzp definiuje „dostawy” jako nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu, dlatego żądanie w tym postępowaniu wykazania się doświadczeniem w produkcji taboru metra jest wymogiem bezprawnym.

Odwołujący podkreślił, iż określenie warunków udziału w postępowaniu ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Istotne jest, aby warunki udziału w postępowaniu były zgodne z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może być dowolny lecz powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co ma na celu zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający tych zasad nie zachował.

Opis warunków powinien zapewniać wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być proporcjonalny, tj. adekwatny do osiągnięcia tego celu. Odwołujący wskazał na synonimy przymiotnika „adekwatny” (dopasowany, odpowiedni, pasujący, trafny, zgodny z czymś, odpowiadający czemuś, dostosowany, trafny, odpowiedni). Powołując się na orzecznictwo odwołujący wskazał, że dostawy jakich może zażądać zamawiający

w wykazie dostaw w konkretnym postępowaniu powinny odpowiadać dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Wykazywane dostawy nie muszą być tożsame z przedmiotem zamówienia, a jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia. Za zamówienia odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia należy uznać natomiast należące do tej samej grupy Wspólnego Słownika Zamówień CPV.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z orzecznictwem KIO (1379/09 oraz 275/09) „nie ma podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowoczesnych pojazdów szynowych, nie mają kompetencji do produkcji autobusów szynowych o napędzie spalinowym ... pojazdy te wykazują cechy wspólne uzasadniające zakwalifikowanie ich jako odpowiadających sobie pod względem rodzaju”, a także, że nie ma podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowoczesnych pojazdów szynowych, nie mają kompetencji do produkcji nowoczesnych tramwajów, z udziałem niskiej podłogi w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”.

Odwołujący podkreślił, iż nie ma żadnego uzasadnienia żądanie wykazania się wykonaniem tożsamyh dostaw. Wskazał, że dostawa wszelkich typów pojazdów szynowych, w tym zarówno tramwajów i elektrycznych zespołów trakcyjnych, jak i „wagonów metra" odbywa się praktycznie w ten sam sposób.

Ponadto, w ocenie odwołującego, doświadczenie i wiedzę, które są wymagane do realizacji niniejszego zamówienia można zyskać nie tylko poprzez produkcję fabrycznie nowych wagonów, lecz także poprzez modernizację odpowiadającą swym projektem i zakresem obecnej praktyce w dziedzinie rozwoju, produkcji i eksploatacji wagonów metra.

Odwołujący wyjaśnił, iż zdobył stosowne doświadczenie pozwalające na wykonanie przedmiotowego zamówienia również podczas realizacji projektu głębokiej modernizacji wagonów typu 81 -71, którą SKODA TRANSPORTATION zajmuje się od 1995 r. dla Pragi, który z punktu widzenia technicznych parametrów i objętości jest jednym z najważniejszych w Europie. Dla uzyskania wymaganego doświadczenia nie jest ważna tylko ilość, ale przede wszystkim zakres, tzn. techniczny projekt, technologiczne wykonanie oraz jakość prac i badań. Zdaniem odwołującego, zakres wykonanych prac przy projekcie modernizacji potwierdza doświadczenie pozwalające na należyte i rzetelne wykonanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, iż fabrycznie nowy oraz zmodernizowany wagon metra, prócz kilku szczegółów natury technicznej, nie różnią się od siebie znacząco. Są wykorzystywane do świadczenia tych samych usług, tj. transportu osobowego, a ich procesy produkcyjne nie różnią się znacząco. Przywołał orzecznictwie KIO z dnia 22 marca 2010r., sygn. akt KIO/UZP 168/10.

Wykonawca wskazał na własne doświadczenie, w tym dostawę 5-wagonowego składu metra do Kijowa na Ukrainie, rozwój i produkcję czołowego wagonu metra odpowiadającą europejskim standardom, dostawę 5 składów złożonych z czterech wagonów

każdy do Kazania w Rosji, rozwój i produkcję nowych wagonów metra według koncepcji SKODA, przy produkcyjnej współpracy z Wagonmasz (Sankt Petersburg).

Ponadto, spółki SKODA ELECTRIC i GANZ SKODA dostarczyły bądź właśnie realizują projekt i dostawy kompletnych systemów trakcyjnych i silników asynchronicznych dla nowych wagonów metra w Budapeszcie (łącznie zostanie dostarczonych 198 wagonów). Odwołujący podkreślił, iż wobec dokonanego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo, iż posiada ogromne doświadczenie w produkcji pojazdów szynowych, zatrudnia w holdingu ok. 4000 pracowników, a przychody firmy w ciągu ostatnich trzech lat wyniosły ponad 1 miliard EURO, nie jest dopuszczony do wzięcia udziału w przetargu. SKODA wyprodukowała i nadal produkuje nowe i nowoczesne tramwaje, lokomotywy, elektryczne zestawy trakcyjne, dokonała modernizacji pociągów metra czy lokomotyw elektrycznych, a od stycznia bieżącego roku przejęła pełne utrzymanie wagonów metra wraz z blisko 500 osobową załogą w Pradze.

3. Naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU

Odwołujący podniósł, iż sporządzenie ogłoszenia i siwz we wskazany powyżej sposób stanowi przesłankę uznania tych działań zamawiającego za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU, w zakresie w jakim opis warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotów, spełniających wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponujących potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W opinii odwołującego, kwestionowane postanowienia są przejawem dyskryminacji pośredniej odwołującego, bowiem tworzą one - z pozoru - neutralne wymagania, które w rzeczywistości mogą być spełnione wyłącznie przez tylko niektóre podmioty biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Konieczność przeciwdziałania dyskryminacji, znajduje oddźwięk m.in. w art. 13, 22, 25, 27, 31, 33, 35, 53, 54, 57, 58, 60, 63, 67 - 70, 75 i 76 Konstytucji oraz w art. 6 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. - o swobodzie działalności gospodarczej, zakazującym jakiegokolwiek dyskryminacji, zarówno ze strony organów administracji państwowej jak i innych uczestników obrotu, przy podejmowaniu i prowadzeniu zgodnej z prawem działalności gospodarczej.

Odwołujący zaznaczył, że nawet gdyby uznać, że część wyżej wymienionych okoliczności nie wypełnia przesłanek art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU, to spełnia wymogi zakwalifikowania ich jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ZNKU, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący powołał się na doktrynę i orzecznictwo, m.in. wyrok Sądu Wojewódzkiego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego z 27 marca 1996 r. sygn. akt XVII Amr 5/96, wyrok Sądu Antymonopolowego z 24 stycznia 1991 r. sygn. akt XV Amr 8/90, uchwałę SN z 23 lutego 1995 r. wskazując, iż jednoznaczne stwierdzenie czy

określone zachowanie narusza reguły uczciwej konkurencji jest procesem wymagającym zbadania wielu szczegółowych przesłanek. Niekiedy bezwzględnie wymagane jest odwołanie się do kategorii pozaprawnych i oparcie się na odmiennych kryteriach oceniania.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołującego. Zamawiający zauważył, że żądanie odwołania dotyczy jedynie warunku posiadania doświadczenia, a nie dotyczy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż warunek doświadczenia uzasadniony jest specjalistycznymi wymaganiami i warunkami technicznymi określonymi w przepisach prawa, a zamawiający zastrzega sobie prawo nadzoru nad wykonaniem przedmiotu zamówienia zgodnie z tymi warunkami.(pkt 5.1 Specyfikacji technicznej). Zamawiający stwierdził, że warunek zawarty w pkt 5.2.1 siwz jest proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia, który stanowi dostawa 210 wagonów metra, w tym 70 wagonów z kabiną maszynisty i 140 wagonów pośrednich zestawionych w 35 sześciowagonowych pojazdów trakcyjnych metra (pkt 3.1 siwz). Zamawiający wskazał, że rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów... nie odnosi zakresu treści wykazu wykonanych dostaw do ich wartości. Zamawiający podniósł, iż nie wymaga doświadczenia w realizacji zamówień tożsamyh lecz adekwatnych, związanych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż wymagania i warunki techniczne pojazdów metra wyodrębnione w przepisach m.in. ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2007r., Nr 16, poz. 94 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212 poz. 1771 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie ogólnych warunków ruchu kolejowego i sygnalizacji (Dz. U. Nr 172 poz. 1444 z późn. zm.) powodują, iż nie można uznać za związane z przedmiotem zamówienia wszystkie rodzaje pojazdów określone danym kodem CPV. Ponadto, zamawiający stwierdził, iż pojazdy nowe i zmodernizowane różnią szczegółami natury technicznej i technologią wykonania. Wskazał, że modernizacja dokonana przez odwołującego nie obejmowała m.in. pudła wagonu, które jest istotnym jego elementem.

B. sygn. akt KIO/UZP 870/10

Wykonawca Thales Rail Signalling Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 w zw. z art. 29 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i utrudniający uczciwą konkurencję, polegający na wymaganiu zastosowania w dostarczanych wagonach systemu automatycznego prowadzenia pociągu SOP-3, który może być dostarczony wyłącznie przez

jednego producenta tj. bez dopuszczenia systemów równoważnych innych producentów, w szczególności - odwołującego. Nadto, wymagany przez zamawiającego system SOP3 nie istnieje oraz nie spełnia norm SIL4 oraz CENELEC: PN-EN 50129, PN-EN 50128, EN 50159-2, wbrew twierdzeniu zamawiającego.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez szczegółowe określenie wymagań dotyczących funkcjonalności systemu automatycznego prowadzenia pociągów w sposób pozwalający każdemu podmiotowi na precyzyjne ustalenie, czy jest w stanie wymagane rozwiązanie dostarczyć oraz o dopuszczenie rozwiązań równoważnych do systemu SOP-3.

Zdaniem odwołującego, z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 1b) wynika, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawarł wymóg, aby dostarczane wagony wyposażone były w system automatycznego prowadzenia pociągów SOP-3, będący konkretnym systemem należącym do klasy CBTC (Communication Based Train Control), który może być wyprodukowany tylko przez jednego producenta. Zamawiający w załączniku 1b podał jedynie krótki opis zasady działania SOP-3. W świetle postanowień siwz, każdy wykonawca, który zamierza złożyć ofertę na przedmiotową dostawę zmuszony został do zakupu systemu SOP-3 od jedyne go producenta tego systemu. Zdaniem odwołującego, narusza to w sposób rażący zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ producent systemu SOP-3 może wpływać na wynik postępowania różnorodnie kształtując cenę sprzedaży systemu SPO-3 dla poszczególnych wykonawców, bądź też w ogóle odmawiając jego sprzedaży niektórym podmiotom. Bez precyzyjnego i obiektywnego opisu wymagań systemu (np. poprzez podanie specyfikacji telegramów przesyłanych w relacji tor-pojazd oraz opisu reakcji urządzeń pokładowych na informacje przesyłane z urządzeń przytorowych), a także bez dopuszczenia możliwości stosowania rozwiązań równoważnych, przedmiot zamówienia może być zrealizowany wyłącznie przy zastosowaniu produktu wprost wskazanego z nazwy. Zamawiający zobowiązany jest natomiast opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 Pzp). Opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp) oraz poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 Pzp). Odwołujący stwierdził, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma jakichkolwiek technologicznych przeciwwskazań by dopuścić systemy równoważne do SOP3. Ograniczanie się wyłącznie do SOP3 jest de facto bezpodstawnym faworyzowaniem producenta tego systemu. Odwołujący

powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05), iż brzmienie powyższych przepisów oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia zarówno sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę lub eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert, jak i takich, które powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Uprawnienie, wskazane w art. 29 ust. 3 Pzp może być realizowane tylko w wyjątkowych sytuacjach po spełnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Zakaz wynikający z art. 29 Pzp zostaje naruszony, jeżeli przy opisie przedmiotu zamówienia użyte zostaną oznaczenia lub parametry konkretnego producenta bez dopuszczenia składania ofert równoważnych. Odwołujący wskazał ponadto, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, dla oceny równoważności produktów konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Precyzyjne określenie parametrów równoważności daje bowiem możliwość oceny i porównania złożonych ofert. W doktrynie wskazuje się, że produkt równoważny to taki, który ma te same cechy funkcjonalne, co wskazany w siwz produkt. Jego jakość nie może być gorsza od jakości określonego w specyfikacji produktu. Z kolei „oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w siwz, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry.

W przedmiotowej sprawie brak jest obiektywnego uzasadnienia, z którego wynikałoby, że zastosowanie systemu SOP-3 jest niezbędne i że wyłącznie ten system pozwala na zapewnienie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa ruchu. System istniejący i produkowany przez Thales Rail Signalling Solutions sp. z o. o. również dobrze, jeżeli nie lepiej, daje się zabudować na II linii metra i pojazdach, które mają się nią poruszać, zapewniając jednocześnie kompatybilność z systemem SOP2 działającym na I linii metra. Odwołujący podkreślił, że zamawiający może żądać spełnienia bardzo wysokich wymagań przez oferowane dostawy, jednak winien to czynić przez określenie obiektywnych, mierzalnych parametrów funkcjonalności systemu, tak aby nie ograniczyć kręgu potencjalnych jego dostawców. Systemy zarządzania ruchem na kolei są produktem oferowanym przez wielu wykonawców, w tym przez odwołującego się, stąd dopuszczenie tylko jednego rozwiązania stanowi naruszenie Pzp. Bez znaczenia jest fakt, iż na istniejącej I linii metra zainstalowany został podobny system. Okoliczność ta nie może powodować ograniczenia konkurencyjności w ramach pozostałych postępowań przetargowych

prowadzonych przez zamawiającego. Zamawiający może żądać od wykonawców dostarczenia systemu całkowicie kompatybilnego z posiadanymi już systemami lecz nie może wymagać dostarczenia systemu tego samego producenta bez okoliczności, które w oczywiste bezsporny, konieczny i obiektywny sposób to uzasadniają.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podniósł, że system SOP-3 nie istnieje, a zatem niedopuszczalne było wskazanie w załączniku 1b do siwz, iż wymagane jest konkretne rozwiązanie danego producenta (SOP3).

Odwołujący podał, że w Załączniku nr 1b do siwz kilkakrotnie stwierdzono, że system SOP3 spełnia normy SIL4. W pkt. 3.3.1. *Dane techniczne* w ppkt. *Bezpieczeństwo* wskazano spełnienie poziomu integralności SIL-4 zgodnie z normami CENELEC: PN-EN 50129, PN-EN50128, EN 50159-2. Tymczasem, spełnienie wymogów poziomu integralności SIL-4, zgodnie z przytoczonymi normami, wymaga by cały cykl życia systemu począwszy od jego koncepcji, budowy, testów, a następnie instalacji i uruchomienia przeprowadzony był zgodnie z postanowieniami przytoczonych norm. Cały proces musi być dokładnie zaplanowany, udokumentowany i na końcu - co bardzo ważne - zweryfikowany przez niezależną od zamawiającego i wykonawcy stronę trzecią. System SOP3 nie jest zgodny z SIL-4 ani z normami CENELEC: PN-EN 50129, PN-EN 50128, EN 50159-2. Treść Załącznika 1b do siwz jest w tym zakresie nieprawdziwa.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, iż w załączniku 1b do siwz nie jest zawarty opis przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest 35 pojazdów metra, natomiast Załącznik 1b do siwz zawiera opis warunków technicznych i parametrów technicznych urządzenia automatycznego prowadzenia pociągów instalowanego na II linii metra z którym muszą być kompatybilne i jednolite urządzenia systemu automatycznego sterowania ruchem pociągów, monitorowanymi w wagonach metra. System sterowania i zabezpieczenia ruchu pociągów odpowiada za bezpieczne funkcjonowanie metra, dlatego musi być on jednolity na obu liniach metra. Zamawiający wyjaśnił, iż wykonawca projektu i budowy odcinka centralnego II linii metra, dokonał wyboru i zaproponował do zatwierdzenia zamawiającemu budowę systemu urządzeń sterowania ruchem w wersji stacyjnej. Opracowanie warunków technicznych systemu wchodziło w zakres przedmiotu zamówienia na projekt i budowę II linii metra. Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia do zamówienia na dostawę wagonów metra - warunków technicznych i parametrów technicznych systemów całoliniowych, które wykonawca zamierza zastosować w ramach wykonania przedmiotu zamówienia. W pkt 5.f Załącznika nr 1 do Specyfikacji Technicznej „Wymagania Techniczne dla taboru Metra Warszawskiego sp. z o.o. dla II linii metra” zamawiający poinformowała, iż „z uwagi na jednolitość systemu z urządzeniami stacjonarnymi II linii pozostałe funkcje/parametry techniczne/warunki techniczne systemu

zostały przedstawione przez wykonawcę/dostawcę systemu/urządzeń sterowania ruchem pojazdów i radiołączności dla II linii metra (załącznik 1b i załącznik 1c).” Jak z powyższego zdaniem zamawiającego wynika, załącznik 1b nie zawiera opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaprzeczył, iż system SOP3 nie jest zgodny z SILL-4 ani normami CENELEC. Stwierdził, iż jest on wersją programu SOP-2P eksploatowaną w metrze praskim, przystosowaną jedynie do specyficznych warunków w metrze warszawskim, a system SOP-2P posiada poziom bezpieczeństwa SIL-4 i spełnia wszystkie normy wymagane przez metro.

C. Sygn. akt 871/10

Wykonawca, VAGONMASH Niejawna Spółka Akcyjna z siedzibą w Petersburgu, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 3 i 4 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, jak również naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym uniemożliwił uzyskanie zamówienia wykonawcy posiadającemu wiedzę i doświadczenie gwarantujące należyte jego wykonanie.

Odwołujący wskazał, iż czynności zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, co oznacza, że odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- modyfikację postanowienia zawartego w pkt III.2.3)I. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 3.1 Specyfikacji technicznej) w taki sposób, by wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem „w dostarczeniu i przekazaniu do eksploatacji co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów metra każdy, rozumianego jako skład wagonów, z których co najmniej jeden był wagonem z kabiną maszynisty i co najmniej jeden wagonem pośrednim, a ponadto uzyskaniem dla wagonów metra dokumentu potwierdzającego dopuszczenie danego typu wagonów do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”

lub

- w przeformułowaniu warunku w inny sposób, z którego wynikało będzie, iż wystarczającym jest posiadanie dokumentu dopuszczenia do eksploatacji dla danego typu wagonu, które wchodzi w skład pociągu metra

oraz

- ujednolicenie postawionych warunków udziału w postępowaniu,

a także

- wykreślenie postanowienia zawartego w pkt III.2.3)II ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- modyfikację postanowienia zawartego w pkt III.2.3) III ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w części III odwołania.

W pkt III.2.3)I ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiadającemu mu pkt 5.2.1 siwz treść warunku udziału w postępowaniu różni się od treści tego warunku określonego w pkt 3.1.a Specyfikacji technicznej. Porównanie zapisów wskazuje, iż zgodnie z warunkiem podanym Specyfikacji technicznej wykonawcy z krótszym okresem działalności muszą wykazać się dostawami fabrycznie nowych pojazdów metra, podczas gdy wykonawcy z „dłuższym stażem” już tylko określoną liczbą dostaw niekoniecznie nowych pojazdów. Zdaniem wykonawcy różnica treści warunku jest znacząca, co wprowadza niebezpieczeństwo różnej oceny postawionego warunku w odniesieniu do różnych wykonawców. W związku z powyższym, konieczne jest ujednoczenie treści warunku wymaganego doświadczenia.

Ponadto, zdaniem odwołującego, sposób sformułowania warunku doświadczenia nie jest proporcjonalny i stanowi naruszenie równego traktowania wykonawców, bowiem uniemożliwia uzyskanie zamówienia wykonawcom, którzy mają doświadczenie w realizacji dostaw wieloczlonowych pociągów metra. Odwołujący wskazał, co następuje.

Po pierwsze - nieuprawnione jest wymaganie, by wykonawcą zamówienia był wyłącznie producent wagonów metra, co wynika jednoznacznie z literalnego brzmienia warunku pkt III.2.3)I, w którym zamawiający użył słowa „wykonał”, bowiem uniemożliwia złożenie oferty podmiotom, które jedynie dostarczały wagony metra podmiotom świadczącym usługi transportu miejskiego, nie będąc producentem wagonów lecz np. podmiotem wyspecjalizowanym w sprzedaży.

Po drugie - zamawiający w sposób nieuprawniony wymaga, by dla każdego z dziesięciu dostarczonych pociągów metra wykonawca posiadał dokument potwierdzający dopuszczenie do eksploatacji w którymkolwiek kraju członkowskim UE. Obwarowanie każdej wykazywanej dostawy koniecznością wykazania uzyskania dokumentu certyfikującego nie znajduje oparcia w przepisach prawa i stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji między wykonawcami posiadającymi niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, iż dokument potwierdzający dopuszczenie pojazdu do eksploatacji wystawiany jest dla konkretnego typu wagonu metra, tj. wagonu o takich samych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Przez pojazd metra należy rozumieć skład wagonów, z których co najmniej jeden jest wagonem z kabiną maszynisty i co najmniej jeden wagonem pośrednim. Dopuszczenie do eksploatacji dotyczyło będzie każdego rodzaju wagonu

wchodzącego w skład pojazdu metra i nie będzie zależało od ilości zestawionych wagonów, a jedynie od zestawienia określonego typu wagonów. Uzyskanie dokumentu potwierdzającego dopuszczenie do eksploatacji, rozumianego w powyższy sposób, chociaż jednego pojazdu metra, świadczy o tym, iż wyprodukowany pojazd metra spełnia wymagania stawiane takim pojazdom przez odpowiednie przepisy i może być eksploatowany na określonym terytorium (w tym przypadku terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Odwołujący podniósł, iż posiadanie dokumentu potwierdzającego dopuszczenie pociągu metra do eksploatacji w UE ma więc charakter warunku formalnego, dotyczącego jakości świadczonych dostaw, a nie warunku posiadania doświadczenia.

Odwołujący nie neguje, że zamawiający chcąc zweryfikować potencjał doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia uprawniony jest do żądania wykazania się zrealizowaniem 10 dostaw co najmniej 3-wagonowych składów metra oraz żądania wykazania się przez wykonawców dopuszczeniem do eksploatacji oferowanych przez nich pojazdów metra na rynek wspólnotowy. Nieuprawnionym jednak, bowiem nadmiernym i nie wymaganym w świetle przepisów regulujących kwestie związane z eksploatacją na terenie UE, jest wymaganie, by wykonawca - celem potwierdzenia posiadanego doświadczenia - wylegitymował się dostawami pojazdów metra, z których dla każdej uzyskano dopuszczenie do obrotu.

Odwołujący wyjaśnił, iż od ponad 100 lat produkuje wagony, w tym wagony metra i wprowadza je na rynek międzynarodowy (dostarczył ponad 4 000 wagonów metra, które są eksploatowane w 25 miastach na całym świecie). Od 2007 r. wyprodukował 113 wagonów metra, w tym kilkadziesiąt zostało wprowadzonych na rynek wspólnotowy i uzyskało dopuszczenie do eksploatacji. Odwołujący wskazał, iż:

1. wykonanie i przekazanie do eksploatacji kilkadziesiątu wagonów metra, które składały się na kilka pojazdów metra, świadczy o tym, że taki wykonawca posiada wieloletnie doświadczenie w tej dziedzinie;
2. wykonanie i przekazanie do eksploatacji kilkadziesiątu wagonów metra składających się na kilkanaście pojazdów metra świadczy o tym, że mamy do czynienia ze skalą produkcyjną, gdzie kolejne egzemplarze danego modelu wykonuje się niejako powtarzalnie, na podstawie technologii, która uzyskała wymagane prawem dopuszczenia;
3. wykonanie i przekazanie do eksploatacji co najmniej jednego pojazdu metra, składającego się z określonych typów wagonów i uzyskanie dla tych wagonów świadectwa dopuszczenia do eksploatacji, uprawnia wykonawcę do produkowania następnie kolejnych pojazdów metra, które składały się będą z wagonów, dla których uzyskano świadectwo dopuszczenia;

4. dla sprawdzenia możliwości organizacyjno-produkcyjnych wykonawcy służyć zamawiającemu inne wskaźniki, które lepiej obrazują ww. właściwości, tj. osiągnięty przychód i wskaźnik bieżącej płynności finansowej.

W pkt III.2.3)II ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.2 ppkt 1 siwz zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem zapleczem technicznym wraz z torem prób dla pojazdów metra, wyposażonym w urządzenia pozwalające na sprawdzenie, w ramach wstępnych prób odbiorowych, poprawnego działania systemu automatycznego prowadzenia pociągów.

Odwołujący podniósł, iż wymóg dysponowania zapleczem technicznym spełniającym powyższe wymagania jest warunkiem nieproporcjonalnym i dyskryminującym. Wskazał, iż nie każdy producent pojazdów metra jest jednocześnie producentem systemu automatycznego prowadzenia pociągów. Tylko producenci systemu automatycznego prowadzenia dysponują niezbędnym oprogramowaniem i urządzeniami przy pomocy których możliwe jest sprawdzenie poprawnego działania takiego systemu. Nie dysponują oni jednak niezbędną do prób infrastrukturą torową. Tym samym, o ile producent pojazdów metra może posiadać zaplecze techniczne wraz z torem do jazdy próbnej pojazdów metra, o tyle nie musi posiadać niezbędnego oprogramowania urządzeń. Połączenie potencjałów obu podmiotów przez np. utworzenie konsorcjum lub powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego nie jest w takiej sytuacji możliwe, gdyż wymagałoby, przed złożeniem oferty, zainstalowania urządzeń i oprogramowania jednego podmiotu na infrastrukturze drugiego, bez jakiegokolwiek pewności uzyskania zamówienia i celowości takich czynności, ze swej natury kosztownych i skomplikowanych. Dyskryminacja podmiotów łączących potencjały względem posiadających samodzielną infrastrukturę torową i produkujących systemy prowadzenia automatycznego jest oczywista.

Odwołujący wskazał również, iż niecelowym jest wykonywanie sprawdzenia poprawnego działania ww. systemu w warunkach innych niż te, w których ostatecznie system będzie pracował. Mając na uwadze, iż pojazdy metra właściwie nie wykonują innych przejazdów jak pod ziemią, w tunelach, gdzie przewodzenie sygnału jest specyficzne, a próbny tor zazwyczaj umiejscowiony jest na powierzchni, zasadność przeprowadzania badania poprawności działania systemu jest wątpliwa.

Odwołujący wyjaśnił, iż na czas transportu pojazdów od zakładów produkcyjnych do stacji odbioru na Kabatach, konieczne będzie rozłączenie zainstalowanego oprogramowania i innych urządzeń, i ponownego ich podłączenia na miejscu. Tym samym, po podłączeniu zajdzie konieczność ponownego sprawdzenia zainstalowanych urządzeń.

Podkreślił, iż wymóg dysponowania torem prób wyposażonym w urządzenie pozwalające na sprawdzenie poprawnego działania systemu automatycznego prowadzenia pociągów jest zupełnie oderwane od sposobu realizacji zamówienia przewidzianego w siwz.

Zauważył, iż w części opisującej sposób wykonania zamówienia (dot. dokonywania odbiorów) zamawiający przewidział wyłącznie przeprowadzanie jazd próbnych na jego własnej infrastrukturze (pkt 6 *Specyfikacji technicznej* oraz Załącznik nr 4 do WTWiO). W żadnym miejscu siwz nie został przewidziany obowiązek przeprowadzenia prób odbiorowych oferowanych urządzeń na infrastrukturze wykonawcy. Tym samym, postawiony warunek udziału w postępowaniu jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a jako taki jest warunkiem nadmiernym.

W pkt III.2.3) III ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.2 ppkt 2 siwz zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem wdrożonymi technologiami produkcji, w tym co najmniej spawaniem aluminium, komputerowymi systemami wspomaganie projektowania, wdrożonym nowoczesnym systemem sterowania silników trakcyjnych opartym na tranzystorach IGBT.

Odwołujący wskazał, iż powyższy warunek ma charakter niejednoznaczny i wykracza poza ramy określone ustawą Pzp odnośnie związku i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, sformułowania „wdrożone technologie produkcji” oraz „nowoczesny system sterowania silników” pozostawiają zbyt dużą swobodę zamawiającemu na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak wskazania wymaganych cech wdrożonych technologii, którymi wykonawca ma dysponować, stwarza ryzyko uznania przez zamawiającego, iż posiadane i stosowane przez wykonawcę procedury wykonywania czynności w toku procesu produkcyjnego, nie będą spełniały jego oczekiwań. To samo należy odnieść do możliwości oceny „nowoczesnego systemu”. Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o wykreślenie słowa „nowoczesny” z treści warunku oraz doprecyzowanie wyrażenia „wdrożona technologia produkcji”.

Odwołujący podniósł także, iż wymóg dysponowania wdrożoną technologią produkcji w zakresie spawania aluminium posiada cechy nieproporcjonalności i nie powiązania z przedmiotem zamówienia. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający nie wymagał bezwzględnego użycia aluminium do produkcji pudeł wagonowych. Wymagał by materiałem użytym do budowy pudła wagonu była blacha nierdzewna lub aluminium (pkt 9 lit.a) Załącznika nr 1 do siwz. Wymagania techniczne dla taboru Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dla II linii metra). Wykonawcy mają zatem wybór materiałów do produkcji pudeł wagonów, a tym samym wybór technologii. Łączenie poszczególnych elementów nie musi się odbywać przy pomocy spawania aluminiowych elementów, lecz przy zastosowaniu innych technik szczelnego i trwałego ich łączenia. Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o modyfikację ogłoszenia i siwz, poprzez wykreślenie wymogu dotyczącego spawania aluminium i pozostanie wyłącznie przy weryfikacji technologii spawania bądź przez doprecyzowanie, iż warunek posiadania technologii spawania aluminium dotyczy wykonawców, którzy tę technologię wykorzystują w procesie produkcyjnym.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił, iż ze względów technicznych dotyczących specjalistycznych wymagań i warunków technicznych określonych w przepisach prawa zamawiający zastrzegł sobie prawo do kontroli na koszt wykonawcy procesu budowy zamówionych wagonów u wykonawcy, podwykonawców i poddostawców w zakresie kontroli materiałów, podzespołów, uprawnień pracowników, dokumentów kontroli międzyoperacyjnej i końcowej, dokumentacji przez inspektorów kontroli jakości zamawiającego z ewentualnym udziałem konsultantów ze służb technicznych metra warszawskiego. Wskazał, że zgodnie z przepisami § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103 poz. 1090 z późn. zm.) świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Prezes UTK wydaje producentom lub przewoźnikom kolejowym bądź zarządcom infrastruktury. Dla pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia wykonawca ma obowiązek uzyskać ww. świadectwo zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 4.9 Specyfikacji Technicznej. Wyjaśnił, iż zgodnie z pkt 3.2.1.V ogłoszenia i 6.3 siwz wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu w powyższym zakresie innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zatem opis dokonywania oceny spełniania warunku doświadczenia nie ogranicza kręgu wykonawców wyłącznie do producentów metra.

Odnosząc się do żądania zmiany opisu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt III.2.3.I ogłoszenia i pkt 5.2.1. siwz, zamawiający wskazał, że zgodnie z definicją pojazdu kolejowego i pojazdu trakcyjnego zawartą w art. 4 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 16 z 2007 r. poz. 94 z późn. zm.) oraz wiedza zamawiającego pojazd metra składa się z dwóch (a nie jednego, jak żąda odwołujący) wagonów z kabiną maszynisty, ponieważ pociągi metra wracają tą samą trasą.

Zamawiający wskazał również, że wykonawca zgodnie z treścią warunku musi wykazać, iż wykonane przez niego wagony metra zostały dopuszczone do eksploatacji w którymkolwiek kraju członkowskim UE. Zamawiający wyjaśnił, iż nie określił szczegółowo jaki to ma być dokument „dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”, jeżeli w danym kraju taki dokument się wydaje. Zamawiający wskazał także, że wiele prób badań i pomiarów będzie odbywać się w trakcie realizacji zamówienia u wykonawcy. Dlatego wymóg posiadania toru do jazd próbnych jest uzasadniony. Wskazał na pkt 5 Specyfikacji Technicznej oraz Załącznik nr 3 do Specyfikacji Technicznej.

W zakresie wymogu dysponowania wdrożoną technologią produkcji w zakresie spawania aluminium jest zamawiający przyznał, iż materiałem użytym do produkcji pudła wagonu może być zarówno aluminium jak i stal nierdzewna, jednak wskazał przy tym, że „wymagania techniczne określone w szczególności w Załączniku nr 1 do Specyfikacji

technicznej, a także kryteria oceny oferty najkorzystniejszej, wymogą na wykonawcach użycie pudła aluminiowego.”

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła czy odwołującym się podmiotom przysługują środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że odwołania zostały wniesione przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy zamierzają złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a zatem posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie, w przypadku potwierdzenia się, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niezgodne z przepisami ustawy opisanie przedmiotu zamówienia lub określenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, odwołujący się mogą ponieść szkodę w wyniku pozbawienia ich przez zamawiającego możliwości uzyskania zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący się mogą ponieść szkodę, w szczególności o charakterze gospodarczym wobec braku możliwości zaoferowania swoich dostaw. Powyższe okoliczności czynią zadość wymaganom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

A. sygn. akt KIO/UZP 869/10

Izba nie stwierdziła zarzucanego w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez opisanie w sekcji III. 2.3 I ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 5.2.1 siwz sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie - w jakim wskazywał odwołujący.

W sekcji III. 2.3 I ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 5.2.1 siwz – zamawiający zawarł postanowienie o treści: „Wykonawca musi wykazać, że posiada niezbędne doświadczenie w produkcji taboru metra i wykazać, że wykonał i przekazał do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy**, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”

Izba uznała za niezasadny zarzut, iż wymóg zawarty w treści opisu sposobu spełniania warunku doświadczenia dotyczący wykazania się doświadczeniem w **produkcji** taboru metra jest wymogiem bezprawnym. Przepis art. 2 pkt 2 Pzp definiuje pojęcie „dostawy”, jako nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Każdy z wymienionych w tym przepisie rodzajów umów wypełnia zakres pojęcia „dostawa” użytego w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, iż przy określaniu warunku udziału w postępowaniu zamawiający ma obowiązek, w przypadku zamówienia publicznego na „dostawy”, automatycznego dopuszczenia doświadczenia w realizacji któregośkolwiek z rodzajów umów wymienionych w tym przepisie. Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu powinien być m.in. związany z przedmiotem zamówienia. Nie sposób przyjąć, iż doświadczenie np. w sprzedaży produktów można nabyć, a w konsekwencji także wykazać za pomocą realizacji umowy najmu lub leasingu tych samych produktów. W ocenie Izby, charakter przedmiotu zamówienia, a zatem charakter świadczenia przesądza o tym, jaki rodzaj doświadczenia powinien być wymagany, w celu zapewnienia wykonania danego świadczenia w sposób należyty.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu świadczenie zostało określone jako „dostawa”, przy czym zamawiający zastrzegł sobie prawo do kontroli procesu produkcji u wykonawcy jak i podwykonawców, a zatem świadczenie ma cechy dostawy w rozumieniu kodeksu cywilnego (art. 605 k.c.). W szczególności należy zauważyć, że zamawiający zastrzegł sobie w specyfikacji prawo do kontroli na koszt wykonawcy procesu budowy zamówionych wagonów u wykonawcy, podwykonawców i poddostawców w zakresie kontroli materiałów, podzespołów, uprawnień pracowników, dokumentów kontroli międzyoperacyjnej i końcowej, dokumentacji przez inspektorów kontroli jakości zamawiającego z ewentualnym udziałem konsultantów ze służb technicznych Metra Warszawskiego. Z uwagi na powyższe, określony w siwz charakter świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia, uzasadnia, w ocenie Izby, skierowanie zamówienia do wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w wytwarzaniu i przekazywaniu (dostarczaniu) pojazdów do eksploatacji. Powyższe wymaganie nie stanowi praktyki ograniczającej uczciwą konkurencję. Zauważyć należy, że w przypadku dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców – pośredniczących jedynie w sprzedaży pojazdów pomiędzy producentem, a odbiorcą, nie byłoby możliwe zbadanie doświadczenia wykonawców w zakresie należytego wykonania zamówień na dostawy, obejmujących kontrolę procesu produkcji, która charakteryzuje świadczenie w przedmiotowym postępowaniu. Jak wskazywał sam odwołujący - istotne jest, aby warunki udziału w postępowaniu były zgodne z przedmiotem zamówienia oraz zapewniały wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania danego przedmiotu zamówienia.

Ponadto, podkreślić należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp oraz postanowieniem zawartym w pkt 3.2.1.V ogłoszenia i 6.3 siwz, każdy wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu w omawianym zakresie innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zatem opis dokonywania oceny spełniania warunku doświadczenia nie ogranicza kręgu wykonawców wyłącznie do producentów pojazdów metra.

Odwołujący wskazywał także, iż wymóg o treści: „**co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy**” jest nadmierny, ponieważ doświadczenie gwarantujące należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia wykonawca może nabyć i wykazać, przez wykonanie „**co najmniej jednej dostawy, której przedmiotem były pojazdy szynowe o napędzie elektrycznym przeznaczone do przewozu pasażerów**”, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej o wartości nie mniejszej niż 38 000 000,00 złotych netto” lub „**co najmniej jednej dostawy, której przedmiotem było co najmniej 10 elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu osób, złożonych z minimum 3 wagonów każdy**”, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”, lub też przez wykonanie **modernizacji i przekazania do eksploatacji co najmniej 10 pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy**, które to otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może być dowolny lecz powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powyższe ma na celu zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opis warunków udziału w postępowaniu powinien zapewniać wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien odnosić się do rodzaju przedmiotu zamówienia oraz być proporcjonalny, tj. umożliwiający i zarazem zapewniający osiągnięcie tego celu, czyli adekwatny. Wykaz wykonanych dostaw, jakich może zażądać zamawiający w ramach posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w danym postępowaniu powinien zatem odpowiadać dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Nie oznacza to, iż wykazywane dostawy powinny być tożsame z przedmiotem zamówienia lecz - odpowiednie i zgodne z przedmiotem zamówienia.

W świetle powyższego, Izba uznała, że opisanie przez zamawiającego dostawy za pomocą określonego kodu CPV nie oznacza automatycznie, że każdy przedmiot zamówienia mieszczący się w danej kwalifikacji CPV należy uznać za odpowiadający danemu

przedmiotowi zamówienia z tej samej grupy CPV. I tak, w przypadku kodu CPV „Lokomotywy kolejowe i tramwajowe oraz tabor kolejowy i podobne elementy”, dostawy wymienionych elementów taboru kolejowego, nie mogą być wprost traktowane jako zamówienia odpowiadające dostawom pojazdów metra, tylko i wyłącznie dlatego, że mieszczą się w tej samej grupie Wspólnego Słownika Zamówień CPV. Zauważyć należy, że pojęcie tabor kolejowy obejmuje różnorodne typy pojazdów kolejowych, w tym zespoły trakcyjne, wagony pasażerskie, wagony towarowe, wagony specjalne, które różnią się w sposób znaczący podstawowymi cechami, co wynika z przeznaczenia danego typu pojazdu.

Izba zważyła także, że z punktu widzenia zaawansowania technicznego i technologicznego można wyróżnić różne pojazdy kolejowe. Wykonanie różnych pojazdów kolejowych wymaga niejednakowego potencjału technicznego i doświadczenia. Oczywiście jest, iż złożoność techniczna danego typu pojazdu warunkuje wymagany potencjał wykonawcy. Wobec powyższego, można przyjąć, iż niewątpliwie doświadczenie zdobyte w wykonywaniu i dostawie pojazdów bardziej skomplikowanych pod względem technicznym potwierdza również potencjał danego wykonawcy do realizacji zamówienia na pojazdy mniej skomplikowane. Nie sposób jednak uznać odwrotnie.

W przypadku pojazdów metra, w ocenie Izby, wymagania techniczne są specyficzne w stosunku do innych rodzajów pojazdów kolejowych z uwagi na szczególne warunki charakteryzujące transport pasażerski metrem. Przede wszystkim należy mieć na uwadze zapewnienie bezpieczeństwa i niezawodności transportu. W ocenie Izby, warunek doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu uzasadniony jest specjalistycznymi wymaganiami i warunkami technicznymi dotyczącymi pojazdów metra. Specyfika ta została wyrażona m.in. w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2007r., Nr 16, poz. 94 z późn. zm.) w którym wskazano, że „przepisy ustawy stosuje się także do metra z wyjątkiem rozdziałów: 2, 2b, 4a-9 i 12, art. 13 ust. 1, art. 14a oraz art. 18 ust. 1, przepisy rozdziału 10 stosuje się odpowiednio”, a także w przepisach rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212 poz. 1771 z późn. zm.) i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie ogólnych warunków ruchu kolejowego i sygnalizacji (Dz. U. Nr 172 poz. 1444 z późn. zm.). Zdolności do spełnienia specyficznych wymagań dla pojazdów metra nie może wykonawca z całą pewnością nabyć w wyniku wykonywania jednej dostawy jakichkolwiek **pojazdów szynowych o napędzie elektrycznym przeznaczonych do przewozu pasażerów lub elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu osób**, mimo, iż zgodzić się należy z odwołującym, że powyższe typy pojazdów wykazują pewne cechy wspólne oraz zbliżony jest proces produkcyjny pojazdów szynowych, w tym tramwajów i elektrycznych zespołów

trakcyjnych oraz wagonów metra. W ocenie Izby, wykonawca, który nie wykonał w okresie ostatnich trzech lat dostawy pojazdów metra, a jedynie dostawy jakichkolwiek pojazdów szynowych nie daje rękojmi należytego wykonania dostawy 35 składów sześciowagonowych pociągów metra, tj. dostawy 210 wagonów metra, w tym 70 wagonów z kabiną maszynisty i 140 wagonów pośrednich. Dostawy jakichkolwiek pojazdów szynowych nie mogą być uznane za proporcjonalne do ww. przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła twierdzenia odwołującego, iż doświadczenie i wiedzę, które są wymagane do realizacji niniejszego zamówienia można uzyskać nie tylko poprzez produkcję fabrycznie nowych wagonów, lecz także poprzez modernizację odpowiadającą swym projektem i zakresem obecnej praktyce w dziedzinie rozwoju, produkcji i eksploatacji wagonów metra. Zdaniem odwołującego, zakres prac wykonanych przez odwołującego przy projekcie modernizacji pojazdów metra potwierdza doświadczenie pozwalające na należyte i rzetelne wykonanie przedmiotowego zamówienia obejmującego wykonanie fabrycznie nowych pojazdów metra. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż fabrycznie nowy oraz zmodernizowany wagon metra, różnią się pewnymi szczegółami natury technicznej i technologią wykonania. Modernizacja może dotyczyć wielu różnych elementów pojazdu, jednak nie obejmuje wszelkich czynności wynikających z procesu produkcji pojazdu metra. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 43 ustawy o transporcie kolejowym modernizacja – obejmuje wszelkie prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub w jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu. Modernizacja nie obejmuje zatem całego procesu wytworzenia od podstaw danego pojazdu, co jest istotą procesu produkcji fabrycznie nowego pojazdu.

Wskazane przez odwołującego własne doświadczenie, potwierdzone referencjami złożonymi do akt sprawy, nie obliguje zamawiającego do dostosowania warunków udziału w postępowaniu do tego konkretnego wykonawcy. Posiadany przez wykonawcę potencjał techniczny, technologiczny i kadrowy, na który wskazuje „Ekspertyza w sprawie zdolności technicznych firmy Skoda Transportation a.s. w zakresie prac rozwojowych i produkcji nowych pojazdów” z dnia 19 maja 2010 r. opracowana przez Wydział Budowy Maszyn Centrum Badawcze Pojazdów Szynowych oraz „Opinia techniczna o posiadaniu przez firmę Skoda Transportation a.s. w Pilźnie w Republice Czeskiej zdolności i kompetencji do produkcji fabrycznie nowych wagonów metra dla Metra Warszawskiego Sp. z o.o. ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa” z dnia 22 maja 2010 r. opracowana przez Instytut Silników Spalinowych i Transportu Politechniki Poznańskiej w Poznaniu, nie może być utożsamiony z doświadczeniem w produkcji pojazdów metra. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 22 wyraźnie różnicuje te dwie kategorie.

Podkreślić także należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób obiektywny i neutralny. Dlatego opis sposobu dokonywania oceny spełnia warunku

doświadczenia nie może być budowany w oparciu o potencjał techniczny i technologiczny wybranych wykonawców działających na rynku. Warunki udziału w postępowaniu muszą zapewniać zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby, kwestionowane przez odwołującego postanowienia nie są przejawem dyskryminacji tego wykonawcy. Zdaniem Izby, warunek doświadczenia, w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, jest neutralny i odnosi się do przedmiotu zamówienia w sposób proporcjonalny oraz w równym stopniu do wszystkich potencjalnych wykonawców. Nie przeczy temu również fakt, że ww. warunek może być spełniony nie przez wszystkie podmioty działające na rynku lecz tylko te, które w ostatnim okresie wykonywały zbliżone przedmiotem zamówienia dostawy.

Izba stwierdziła także, iż w omawianym zakresie żądany przez zamawiającego dokument w celu potwierdzenia ww. warunku tj. wykaz wykonanych dostaw nie narusza przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), gdyż odnosi się do treści opisu sposobu spełniania warunku w zakresie zgodnym z wymogiem ww. przepisu.

Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a zarazem utrudniający uczciwą konkurencję - nie potwierdził się.

Zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w pkt 5.2.2 ppkt 1 i 2 siwz. Zamawiający postanowił, iż ww. warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje zapleczem technicznym wraz z torem prób dla pojazdów metra, wyposażonym w urządzenia pozwalające na sprawdzenie w ramach wstępnych prób odbiorowych poprawnego działania systemu automatycznego prowadzenia pociągów oraz wykaże, iż dysponuje wdrożonymi technologiami produkcji, w tym co najmniej spawaniem aluminium, komputerowymi systemami wspomaganie projektowania, wdrożonym nowoczesnym systemem sterowania silników trakcyjnych opartym na tranzystorach IGBT. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających twierdzenie, iż powyższy opis narusza przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W toku postępowania odwoławczego odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek żądań co do zmiany treści tego warunku ani też nie wskazał w jakim zakresie omawiany

warunek narusza przywołane w odwołaniu przepisy. Odwołujący podnosił natomiast, iż posiada wysoki potencjał techniczny umożliwiający realizację zamówienia, żądając wyłącznie zmiany opisu sposobu spełniania warunku wymaganego doświadczenia. Oddalając odwołanie w zakresie tego zarzutu, Izba zważyła w szczególności, iż nie został on przez odwołującego Skoda Transprotation uzasadniony w odwołaniu, ani też w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba oddaliła odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

B. sygn. akt KIO/UZP 870/10

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 w zw. z art. 29 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i utrudniający uczciwą konkurencję, polegający na wymaganiu zastosowania w dostarczanych pojazdach metra - systemu automatycznego prowadzenia pociągu SOP-3.

Zamawiający w Specyfikacji technicznej w pkt 1.1 wskazał, iż „Pojazdy powinny być zestawione z wagonów wyposażonych w systemy w pełni współpracujące z systemami i urządzeniami infrastruktury I linii metra oraz wyposażeniem technologicznym STP Kabaty (zgodnie z wymaganiami technicznymi zawartymi w załączniku nr 1 do niniejszej specyfikacji technicznej)”. W załączniku nr 1 *Wymagania techniczne dla taboru Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dla II linii metra*, w pkt 6.2 aa zamawiający zawarł wymóg, iż „W wagonie Metra Warszawskiego sp. z o.o. powinny być zainstalowane: urządzenia systemu ATO/ATP (z uwagi na jednolitość ww. systemu z urządzeniami stacjonarnymi systemu sterowania ruchem pociągów II linii, wykonawca/dostawca systemu/urządzeń sterowania ruchem pociągów dla II linii metra określił szczegółowe wymagania techniczne dla ww. urządzeń w pojeździe, dot. ich konstrukcji, zabudowy, połączeń itp. w załączniku nr 1b)”. Załącznik 1b do siwz „Warunki techniczne i parametry techniczne systemów liniowych na taborze II linii metra – urządzenia automatycznego prowadzenia pociągów” został opracowany przez wykonawcę zamówienia „Projekt i budowa linii metra nr 2 od stacji „Rondo Daszyńskiego” do „Dworca Wileńskiego” w Warszawie”. Dokument powyższy zawiera opis systemu SOP-3, który zostanie zainstalowany na linii nr 2 jako system ATC czyli system automatycznego sterowania pociągiem, który obejmuje zarówno ATO (Automatyczne prowadzenie pociągu) jak i ATP (Automatyczna ochrona pociągu). W pkt 1 załącznika 1b wskazano, że „urządzenia SOP-3 są wstecz kompatybilne z systemem SOP-2 (tworząc jednolite urządzenie pojazdowe), dzięki czemu urządzenia pojazdowe będą przełączane automatycznie w momencie przejazdu pomiędzy linią nr 1 a linią nr 2.”

Opis systemu SOP-3 określa strukturę systemu jako urządzenia stanowiące „część stacjonarną” oraz urządzenia stanowiące „część pojazdową” systemu. W zakresie kompatybilności systemu SOP-3 z linią 1 Metra Warszawskiego wskazano, iż „dzięki zastosowaniu w systemie SOP-3 takiej samej jak w systemie stosowanym na linii 1 transmisji pętlowej oraz urządzeń odbiorczych zdolnych czytać i dekodować telegramy nadajników stosowanych na linii 1 Metra Warszawskiego, pociąg wyposażony w urządzenia pokładowe systemu SOP-3 może poruszać się po 1 linii bez konieczności instalowania dodatkowych urządzeń na pojeździe. Stąd urządzenia pojazdowe SOP-3 stanowią w ten sposób jednolity system obejmujący pojazdy i stacyjne urządzenia APP dla linii 1 oraz linii 2 Metra Warszawskiego”. W załączniku nr 1b w pkt 3.7 zostały podane także „warunki techniczne i parametry techniczne na pojazd wynikające z zastosowania systemu SOP-3” zawierające wymagania na tabor metra wynikające z zastosowania systemu SOP-3.

Oceniając wymóg specyfikacji polegający na wyposażeniu dostarczanych pojazdów metra w urządzenia pojazdowe współpracujące z urządzeniami stacjonarnymi systemu SOP-3, Izba ustaliła, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia w powyższym zakresie - w załączniku nr 1b, wskazał z nazwy konkretny system automatycznego prowadzenia pociągów, dla którego warunki techniczne i parametry techniczne zostały opracowane przez wykonawcę, który wykona część stacjonarną systemu SOP-3 w ramach zamówienia obejmującego projekt i budowę linii metra nr 2.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, natomiast zgodnie z ust. 3 ww. przepisu - przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisał system prowadzenia pociągów i w konsekwencji urządzenia pojazdowe tego systemu stanowiące element przedmiotu zamówienia, przez wskazanie konkretnej jego nazwy. Według wyjaśnień zamawiającego załącznik 1b zawiera opis parametrów systemu w ramach którego urządzenia pojazdowe muszą funkcjonować. Powyższe potwierdzają postanowienia zawarte w „Programie funkcjonalno użytkowym” opracowanym dla zamówienia „Projekt i budowa II linii metra od stacji „Rondo Daszyńskiego” do stacji „Dworzec Wileński” w Warszawie. W ww. dokumencie

stwierdzono, że „Wykonawca powinien zaprojektować urządzenia pojazdowe app w takim zakresie, w jakim będzie to niezbędne dla:

- przedstawienia jednolitego systemu obejmującego pojazdy i stacjonarne urządzenia app,
- określenia szczegółowych wymagań dotyczących zabudowy urządzeń pojazdowych,
- jednoznacznego wyspecyfikowania orientacyjnych kosztów urządzeń pojazdowych.

Projekt powinien mieć charakter projektu wzorcowego, przedstawiającego szczegółowo całość aparatury pojazdowej app oraz w sposób schematyczny przedstawiać powiązania jej elementów.” Ponadto, „Dostawca taboru zostanie wyłoniony w odrębnej procedurze przetargowej, ale Wykonawca (dostawca stacjonarnych urządzeń app) jest zobowiązany do współpracy z nim w celu dostarczenia we właściwej ilości kompletnych pojazdowych urządzeń app oraz ich zamontowania, oprogramowania, dokonania prób itd. Koszt tych prac zostanie ujęty w cenie taboru.”

Skoro zatem opis systemu SOP-3 zawarty w załączniku 1b w części dotyczącej urządzeń pojazdowych jest w pewnym stopniu opisem rozwiązania wzorcowego, to powinien on zostać udostępniony wykonawcom w takim zakresie, aby możliwe było na jego podstawie wykonanie wymaganych urządzeń systemu równoważnego. Zarówno odwołujący, jak i zamawiający potwierdzili w toku rozprawy, iż w przedmiotowym zamówieniu nie ma jakichkolwiek technologicznych przeciwwskazań, by dopuścić urządzenia pojazdowe odpowiadające systemowi SOP-3, wykonane przez innych producentów, niż producent urządzeń stacjonarnych tego systemu. Muszą one jednak ściśle współpracować (być jednolite) z ww. systemem w części stacyjnej, a także z systemem funkcjonującym na 1 linii metra.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Izby, za dopuszczalne należy uznać opisanie omawianego systemu przez określenie parametrów systemu SOP-3, jednak konieczne jest przy tym jednoznaczne wskazanie w treści specyfikacji, iż opis warunków technicznych systemu SOP-3 dotyczy rozwiązania wzorcowego, a zatem dopuszczalne są rozwiązania równoważne w zakresie urządzeń pojazdowych jednolitych z systemem SOP-3. W ocenie Izby, aby urządzenia współpracujące z systemem SOP-3 w części stacyjnej oraz systemem automatycznego powadzenia pociągów na 1 linii metra, mogły być wykonane przez innych producentów niż podmiot, który opracował wymagania dla systemu SOP-3, wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu muszą posiadać wszelkie niezbędne i szczegółowe dane techniczne, takie, które to umożliwiają. Konieczne jest zatem precyzyjne i obiektywne opisanie wymagań systemu, w szczególności, jak wskazywał odwołujący np. poprzez

podanie specyfikacji telegramów przesyłanych w relacji tor-pojazd oraz opisu reakcji urządzeń pokładowych na informacje przesyłane z urządzeń przytorowych.

Izba zauważa, że opis dotyczący wymagań dla części pojazdowej systemu (pkt 3.2.4 załącznika nr 1b) zawiera wiele jedynie ogólnych wymagań np. „centralny komputer pokładowy... odbiera za pomocą łącza radiowego dane z urządzeń stacjonarnych SOP-3, dane z odometru oraz pętli torowych i na tej podstawie oblicza aktualną lokalizację, odległość przeszkody oraz chwilową prędkość dozwoloną”. Są to określenia ogólne. Aby wskazane funkcje mogły być zapewnione, konieczne jest posiadanie przez wykonawców szczegółowych danych charakteryzujących pracę urządzeń stacjonarnych. Ponadto, przy opisie urządzeń pojazdowych, zawartym w załączniku 1b, wielokrotnie nie wskazano pełnych wymagań, a jedynie przykładowe funkcje urządzeń.

Wskazać należy również, że w przypadku dopuszczenia rozwiązań równoważnych, konieczne jest podanie przez zamawiającego w specyfikacji wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Precyzyjne określenie parametrów równoważności pozwoli zamawiającemu na możliwość rzetelnej oceny i porównania złożonych ofert.

W ustalonych okolicznościach Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie.

Ponadto, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż aby stwierdzić, że system SOP-3 spełnia wymogi poziomu integralności SIL-4 zgodnie z normami CENELEC, cały cykl życia systemu począwszy od jego koncepcji, budowy, testów, a następnie instalacji i uruchomienia powinien być przeprowadzony zgodnie z postanowieniami przytoczonych norm. Cały proces musi być udokumentowany i zweryfikowany przez niezależny podmiot. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wyjaśnił, iż system SOP-3 jest wersją programu SOP-2P eksploatowaną w metrze praskim, przystosowaną jedynie do specyficznych warunków w metrze warszawskim, a system SOP-2P posiada poziom bezpieczeństwa SIL-4 i spełnia wszystkie normy wymagane przez metro. W ocenie Izby, powyższe okoliczności nie dowodzą faktu, że w odniesieniu do systemu SOP-3 wymagane procedury zostały aktualnie zrealizowane. Jednak nie stanowi to przeszkody w wykorzystaniu opisanych parametrów ww. systemu, do wskazania na jego podstawie wzorcowych wymagań technicznych zamawianych urządzeń.

Biorąc pod uwagę ustalony stan rzeczy, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

C. Sygn. akt 871/10

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 3 i 4 Pzp, poprzez określenie opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co uniemożliwia uzyskanie zamówienia wykonawcy posiadającemu wiedzę i doświadczenie gwarantujące należyte jego wykonanie.

W pkt III.2.3) I ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.1 siwz zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku doświadczenia, jako wymaganie dotyczące wykonania i przekazania do eksploatacji co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy, które otrzymały dokument dopuszczający do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej, który jednakowo odnosi się do wykonawców, prowadzących działalność gospodarczą w okresie przekraczającym okres trzech lat, jak również dla wykonawców, którzy prowadzą działalność gospodarczą w okresie krótszym niż trzy lata. Treść ww. warunku została odmiennie jednak określona w pkt 3.1 a Specyfikacji technicznej. W myśl tego postanowienia wykonawcy z krótszym okresem działalności muszą wykazać się dostawami fabrycznie nowych pojazdów metra, podczas gdy wykonawcy z „dłuższym stażem” już tylko określoną liczbą dostaw niekoniecznie nowych pojazdów.

W ocenie Izby, oczywiście zasadne jest ujednoczenie treści ww. warunku, zgodnie z jego treścią zawartą w ogłoszeniu i siwz. Błędny zapis warunku w Specyfikacji technicznej jest efektem omyłki pisarskiej. W tych okolicznościach ujednoczenie treści warunku nie wymaga zmiany treści ogłoszenia, a jedynie zmianę treści siwz, poprzez sprostowanie postanowienia zawartego w pkt 3.1.a Specyfikacji technicznej.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymagania, by wykonawcą zamówienia był producent wagonów metra, co wynika z postanowienia zawartego w pkt III.2.3) I ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.2.1 siwz, Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny. Uzasadnienie w tym zakresie zostało przedstawione w treści uzasadnienia w sprawie sygn. akt KIO/UZP 869/10 odnośnie rozstrzygnięcia takiego samego zarzutu i w całości odnosi się również do niniejszego zarzutu.

Izba uznała za zasadny zarzut, iż zamawiający w sposób nieuprawniony wymaga, by dla każdego z dziesięciu wykonanych i dostarczonych pociągów metra wykonawca posiadał dokument potwierdzający dopuszczenie do eksploatacji w którymkolwiek kraju członkowskim UE. Stosownie do przepisu art. 4 pkt 6 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie

kolejowym, przez pojazd kolejowy rozumie się pojazd dostosowany do poruszania się na własnych kołach po torach kolejowych. Zgodnie z pkt 13 ww. przepisu, typ pojazdów kolejowych – to pojazdy kolejowe o takich samych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Zgodnie natomiast z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 26 września 2003 r. w sprawie wykazu typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych, na które wydawane są świadectwa dopuszczenia do eksploatacji (Dz.U. Nr 175, poz. 1706) świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydawane jest dla następujących pojazdów kolejowych na każdy typ: a) pojazdu trakcyjnego, b) wagonu pasażerskiego, c) wagonu towarowego, d) wagonu specjalnego, e) pojazdu pomocniczego, f) typowego zespołu, podzespołu i elementu pojazdu kolejowego. Z powyższego wynika, że dokument potwierdzający dopuszczenie pojazdu do eksploatacji wydawany jest dla konkretnego typu pojazdu kolejowego tj. pojazdu (np. wagonu) o takich samych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Dopuszczenie do eksploatacji dotyczy zatem każdego typu wagonu wchodzącego w skład pojazdu metra i nie zależy od ilości zestawionych wagonów, a jedynie od zestawienia określonego typu wagonów o danych rozwiązaniach konstrukcyjnych. W konsekwencji uzyskanie dokumentu potwierdzającego dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, wchodzącego w skład pojazdu metra, rozumianego jako skład wagonów, potwierdza, że wyprodukowany pojazd (np. wagon) spełnia wymagania stawiane takim pojazdom przez odpowiednie przepisy i może być eksploatowany na danym terytorium.

W ocenie Izby, uzyskanie dokumentu potwierdzającego dopuszczenie pociągu metra do eksploatacji w UE jest wymogiem dotyczącym posiadania doświadczenia, gdyż poświadcza doświadczenie wykonawcy: po pierwsze - w wykonaniu pojazdów kolejowych spełniających normy i wymagania techniczne wynikające z przepisów prawa oraz po drugie - doświadczenie dotyczące wypełnienia procedury, w tym m.in. w zakresie przeprowadzenia badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typów pojazdów kolejowych na terenie Unii Europejskiej (w tym także na terenie Rzeczypospolitej Polskiej). Zdaniem Izby, uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typów pojazdów kolejowych wchodzących w skład co najmniej jednego pojazdu metra - na terenie Unii Europejskiej, potwierdza doświadczenie wykonawcy w spełnieniu wymogów pozwalających na uzyskanie stosownych dokumentów. W świetle powyższego warunek by wykonawca wylegitymował się dostawami 10 pojazdów metra, z których dla każdego ze składów uzyskano dopuszczenie do eksploatacji na terenie Unii Europejskiej, należy uznać za nadmierny. Izba podzieliła pogląd odwołującego, iż wykonanie i przekazanie do eksploatacji co najmniej jednego pojazdu metra, składającego się z określonych typów wagonów i uzyskanie dla tych wagonów świadectwa dopuszczenia do eksploatacji, uprawnia wykonawcę do produkowania następnie pojazdów metra, składających się z wagonów,

o tych samych rozwiązaniach konstrukcyjnych, dla których uzyskano świadectwo dopuszczenia.

W pkt III.2.3)II ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.2 ppkt 1 siwz zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem zapleczem technicznym wraz z torem prób dla pojazdów metra, wyposażonym w urządzenia pozwalające na sprawdzenie w ramach wstępnych prób odbiorowych poprawnego działania systemu automatycznego prowadzenia pociągów.

W ocenie Izby, wymóg dysponowania zapleczem technicznym spełniającym powyższe wymagania jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. W istocie nie każdy producent pojazdów metra jest jednocześnie producentem systemu automatycznego prowadzenia pociągów. Z pewnością producenci systemu automatycznego prowadzenia pociągów dysponują niezbędnym oprogramowaniem i urządzeniami, przy pomocy których możliwe jest sprawdzenie poprawnego działania takiego systemu. Słusznie odwołujący wskazywał, że połączenie potencjałów obu podmiotów przez np. utworzenie konsorcjum lub powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego nie jest w takiej sytuacji możliwe, gdyż wymagałoby, jeszcze przed złożeniem oferty, zainstalowania urządzeń i oprogramowania jednego podmiotu na infrastrukturze drugiego, bez jakiegokolwiek pewności uzyskania zamówienia i celowości takich czynności, ze swej natury kosztownych i skomplikowanych. Powyższe oznaczałoby dyskryminację podmiotów łączących potencjały względem posiadających samodzielną infrastrukturę torową i produkujących systemy automatycznego prowadzenia pociągów. Odwołujący wskazywał również, iż niecelowym jest wykonywanie sprawdzenia poprawnego działania ww. systemu w warunkach innych niż te, w których ostatecznie system będzie pracował. Ponadto, w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie został przewidziany obowiązek przeprowadzenia prób odbiorowych oferowanych urządzeń na infrastrukturze wykonawcy.

W ocenie Izby, ww. warunek udziału w postępowaniu jest warunkiem nadmiernym w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia zamawiającego, iż warunek powyższy wynika z wymogu zawartego w Specyfikacji technicznej w pkt 5 oraz w załączniku 3 do siwz, gdzie zostały określone badania, które będą wykonywane u wykonawcy, a w szczególności, iż w pkt 5 załącznika nr 3 wymienione zostały „próby dynamiczne (jazda próbna)”, które będą wykonywane u wykonawcy, nie zasługują na uwzględnienie. Wymóg wykonania prób odbiorowych urządzeń systemu automatycznego prowadzenia pociągów, stosownie do opisu przedmiotu zamówienia, mógłby dotyczyć jedynie urządzeń pojazdowych, bo tylko taki zakres prób można uznać za związany z przedmiotem zamówienia. Przeprowadzenie prób tych urządzeń w ramach działania całego systemu automatycznego prowadzenia pociągów byłoby możliwe i uzasadnione w warunkach

zainstalowania na torze urządzeń stacjonarnych systemu, które zostaną zainstalowane na torze linii nr 2 metra warszawskiego. Wymóg, aby wykonawca zamontował takie urządzenia na własnym torze prób należałoby uznać za nadmierny. W świetle powyższego, nie ma podstaw by przyjąć, że próby dynamiczne (jazdy próbne), o których mowa w pkt 5 załącznika nr 3 obejmują wykonanie wstępnych prób odbiorowych urządzeń pojazdowych systemu automatycznego prowadzenia pociągów. W ocenie Izby, próby urządzeń pojazdowych ww. systemu mogą być wykonane na torze u zamawiającego, który jest nabywcą urządzeń stacjonarnych ww. systemu. Izba zwróciła uwagę, iż jak wskazano w załączniku nr 1b do Specyfikacji technicznej (pkt 1) „Na torze prób STP Kabaty zostaną zainstalowane urządzenia SOP-3, umożliwiające testowanie pociągów (zgodnie z procedurami metra), dodatkowo urządzenia toru prób będą wykorzystane w procesie dopuszczenia do eksploatacji urządzeń SOP-3”. Z powyższego wynika, że zamawiający przewidział próby obejmujące sprawdzenie prawidłowego działania urządzeń systemu automatycznego prowadzenia pociągów, w tym urządzeń pojazdowych, na własnym torze wyposażonym w odpowiednie urządzenia stacjonarne. W świetle powyższego, Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie zapisu „wyposażonym w urządzenia pozwalające na sprawdzenie w ramach wstępnych prób odbiorowych poprawnego działania systemu automatycznego prowadzenia pociągów”, zawartego w treści warunku określonego w pkt III.2.3) II ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.2.2. ppkt 1 siwz.

W pkt III.2.3) III ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2.2 ppkt 2 siwz zamawiający postawił wymóg wykazania się dysponowaniem wdrożonymi technologiami produkcji, w tym co najmniej spawaniem aluminium, komputerowymi systemami wspomagania projektowania, wdrożonym nowoczesnym systemem sterowania silników trakcyjnych opartym na tranzystorach IGBT.

Zdaniem Izby, sformułowania „wdrożone technologie produkcji” oraz „nowoczesny system sterowania silników” pozostawiają zamawiającemu dużą swobodę w ocenie spełniania tak postawionych wymogów. Zamawiający jest zobowiązany określić swoje wymagania w sposób na tyle jednoznaczny, aby nie budziły one wątpliwości interpretacyjnych. Izba uznała, że zasadne jest, aby zamawiający doprecyzował w ogłoszeniu i siwz pojęcie „wdrożona technologia”, poprzez wskazanie okoliczności uzasadniających uznanie danej technologii za wdrożoną. Podobnie, zamawiający winien sprecyzować pojęcie „nowoczesnego systemu”. Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała zamawiającemu zmianę w powyższym zakresie treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uznała za zasadny zarzut, iż wymóg dysponowania **co najmniej wdrożoną technologią produkcji w zakresie spawania aluminium** posiada cechy

nieproporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Izba wzięła pod uwagę, iż zamawiający nie kwestionował w toku postępowania faktu, że w opisie przedmiotu zamówienia, brak jest wymogu bezwzględnego użycia aluminium do produkcji pudeł wagonowych. Zamawiający dopuścił, jako materiał użyty do budowy pudła wagonu, blachę nierdzewną lub aluminium (pkt 9 lit.a) Załącznika nr 1 do siwz (Wymagania techniczne dla taboru Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dla II linii metra). Z powyższego wynika, że wykonawcy mają możliwość wyboru materiałów do produkcji pudeł wagonów, a tym samym wybór technologii. Odwołujący wyjaśnił, iż łączenie poszczególnych elementów pojazdu nie musi się odbywać przy pomocy spawania aluminiowych elementów, lecz przy zastosowaniu innych technik szczelnego i trwałego ich łączenia. Twierdzeniom powyższym zamawiający nie przeczył. Zamawiający nie podnosił także okoliczności, iż jakkolwiek wymóg dotyczący przedmiotu zamówienia w sposób bezwzględny wymaga posiada wdrożonej technologii spawania aluminium. Zamawiający przyznał natomiast, iż materiałem użytym do produkcji pudła wagonu może być zarówno aluminium jak i stal nierdzewna, wskazywał przy tym, że „wymagania techniczne określone w szczególności w Załączniku nr 1 do Specyfikacji technicznej, a także kryteria oceny oferty najkorzystniejszej, wymogą na wykonawcach użycie pudła aluminiowego.”

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu służą dokonaniu kwalifikacji wykonawców pod kątem zapewnienia należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Fakt, iż jedno z ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert dotyczy „zużycia energii elektrycznej” (z wagą 20 %), a w konsekwencji korzystniejszą pozycję w tym kryterium uzyskają wykonawcy oferujący pojazdy złożone z wagonów wykonanych z pudeł aluminiowych (lżejszych) nie ma żadnego związku z opisem sposobu spełniania warunku dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Warunek dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia może jedynie dotyczyć takich właściwości podmiotu, które są związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Skoro wykonanie pojazdów metra z użyciem aluminium nie jest bezwzględnie wymagane, to nadmiernym w stosunku do przedmiotu zamówienia jest wymóg bezwzględnego posiadania wdrożonej technologii spawania aluminium. Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała zamawiającemu modyfikację treści ogłoszenia i siwz, poprzez wykreślenie wymogu dotyczącego dysponowania co najmniej technologią spawania aluminium i pozostanie wyłącznie przy weryfikacji technologii spawania.

Uwzględniając odwołanie, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

KIO wydała łączne orzeczenie w sprawie na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 6 i § 5 ust. 2 pkt 1i ust. 4 w zw. z § 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....