

Sygn. akt: KIO/UZP 169/09

WYROK
z dnia 27 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo

Stanisław Sadowy

Protokolant: Wioletta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **H.Cegielski-Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Sp. z o.o., ul. Jaśkowa Dolina 2, 80-252 Gdańsk** protestu z dnia 27 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

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

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez H.Cegielski-Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **H.Cegielski-Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań** na rzecz **Zakładu Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Sp. z o.o., ul. Jaśkowa Dolina 2, 80-252 Gdańsk**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **H.Cegielski-Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań**.

U z a s a d n i e n i e

Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Sp. z o.o., zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę 35 sztuk nowych tramwajów w ramach projektu „Gdański Projekt Komunikacji Miejskiej – rozwój proekologicznego systemu transportu tramwajowego w Gdańsku – etap III a”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 stycznia 2009 r., nr 2009/S 7-008961.

Pismem z dnia 27 stycznia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec treści ogłoszenia, zarzucając Zamawiającemu, iż warunek postawiony wykonawcom w punkcie III.2.3. pozostaje w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa i naruszają art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust.2 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. modyfikację treści ogłoszenia, poprzez dostosowanie jego treści do stanu zgodnego ze wskazanymi przepisami ustawy Pzp,
2. a w przypadku niemożliwości poprawienia wskazanych wad o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie III.2.3) Ogłoszenia „Zdolność techniczna” sformułował wobec wykonawców warunek wykazania się, iż „w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostarczyli co najmniej 15 sztuk wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych wagonów tramwajowych, czyli takich, których podłoga jest tak ukształtowana aby w strefie objętej wejściami o szerokości 1300 mm położona była na wysokości nie większej niż 375 mm nad główką szyn, zmiany wysokości podłogi części pasażerskiej w pozostałej części wagonu do wysokości 480 mm nad główką szyn mogą być zrealizowane poprzez zastosowanie pochylni a podłoga części pasażerskiej przeznaczona dla pasażerów stojących nie może mieć stopni ani uskoków”. Powyższe narusza art. 7 ust. 1 oraz art.22 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowy warunek nie może zostać spełniony przez wykonawców, którzy w ostatnich trzech latach nie uzyskali odpowiedniej ilości zamówień na tramwaj przegubowy, wieloczlonowy i niskopodłogowy, natomiast realizowali zamówienia odpowiadające swoim rodzajem, poprzez zastosowanie odpowiedniej technologii w innych typach tramwajów, oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający, żądając dostawy tramwajów niskopodłogowych, jednocześnie wskazał konkretne wymagania co do wysokości podłogi tramwaju, nie uzasadniając powodów swej decyzji. Nie dokonał określenia tego wymogu w oparciu o obiektywne przesłanki, tym samym nie dopuszczając do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Metoda budowy tramwaju niskopodłogowego i związana z nią skala trudności technicznych jest analogiczna niezależnie od szczegółowej wysokości podłogi w poszczególnych miejscach tramwaju. Wskazywanie więc konkretnych wartości (1300 mm, 375 mm oraz 480 mm) stanowi naruszenie wymogu obiektywnego, odniesionego do przedmiotu zamówienia, formułowania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Jednocześnie zwrócił uwagę na specyfikę produkcji oraz dostaw pojazdów szynowych, która przejawia się w tym, iż wykonywana są zamówienia konkretnych zamawiających w oparciu o wskazane przez nich wymagania techniczne oraz ilości zamówionych pojazdów. Wartość jednego tramwaju powoduje, że żaden z producentów nie może sobie pozwolić na prezentację wszystkich możliwych konfiguracji tramwajów i ogranicza się jedynie do stworzenia prototypów, która odzwierciedlać mają faktyczne jego zdolności techniczne oraz potencjał. Oznacza to, iż zdolności do realizacji zamówienia nie można wykazać, poprzez wskazanie produkcji oraz dostaw konkretnych typów i rodzajów pojazdów szynowych, ale produkcji i jej wielkości oraz możliwości wykorzystywania żądanych przez zamawiającego technologii.

Nadto wskazał, iż prawidłowe sformułowanie warunku udziału w postępowaniu oznacza wyznaczenie pewnego jedynie minimalnego poziomu doświadczenia, który powinien być uzależniony od przedmiotu zamówienia, jego wartości przy uwzględnieniu rynku właściwego, a żądanie doświadczenia w dostawie konkretnych rodzajów tramwajów, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do tych, którzy w ciągu ostatnich trzech lat dostarczyli ten sam rodzaj tramwajów, natomiast eliminuje tych wykonawców, którzy w tym okresie dostarczyli tramwaje innego rodzaju. Wyprodukowanie tramwaju o wymaganiach postawionych przez Zamawiającego nie stanowi problemu dla producenta pojazdów szynowych, a problemem jest jedynie wykazanie się doświadczeniem w produkcji oraz dostawie konkretnego typu wagonu.

Pismem z dnia 3 lutego 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie).

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, iż sformułowany przez niego w punkcie III.2.3. ogłoszenia warunek udziału w postępowaniu nie narusza uczciwej konkurencji, a stanowi potwierdzenie umiejętności budowy nowoczesnych pojazdów, a więc takich jakich on oczekuje. Ryzyko kontraktowe, związane z zaangażowaniem poważnych środków pieniężnych wymaga, aby Zamawiający wiązał się z wykonawcą, który wykonywał już podobne prace, co udokumentowane będzie, np. referencjami od poprzednich zamawiających, które potwierdzą ich należyte wykonanie. Ma on pełne prawo oczekiwać doświadczenia wykonawców w realizacji zamówień, odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający ustalił warunek udziału w niniejszym postępowaniu zdecydowanie łagodniejszy niż wynikałoby to z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż wymaga legitymowania się dostawami jedynie 15 sztuk tramwajów, choć przedmiot zamówienia dotyczy liczby przeszło dwukrotnie wyższej. Określenie maksymalnych parametrów w punkcie III.2.3. ogłoszenia odpowiada przedmiotowi zamówienia, który określa, iż tramwaje muszą być całkowicie niskopodłogowe.

Nadto Zamawiający podkreślił, iż zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą ma on pełne prawo żądać od wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu potwierdzających doświadczenie odpowiednie do realizacji przedmiotu zamówienia o rozwiązaniach technicznych adekwatnych z punktu widzenia jego potrzeb.

Pismem z dnia 13 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 16 lutego 2009 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 13 lutego 2009 r.

Odwołujący podtrzymał dotychczasowe zarzuty, argumenty oraz wnioski dodatkowo wnosząc o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wpisu w wysokości wniesionej przez Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia wszczętego przez Zamawiającego jest dostawa 35 sztuk fabrycznie nowych tramwajów całkowicie niskopodłogowych, wieloczlonych, jednokierunkowych o długości od 30 m do 36 m, o pojemności ponad 220 pasażerów, zbudowanych zgodnie z wymaganiami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 r., Nr 230, poz. 2301) i posiadających podłogę wagonu tak ukształtowaną, aby na całej długości jej części pasażerskiej nie było stopni ani uskoków, zaś poziom wejścia do wagonu był możliwie najniższy.

Zamawiający w „Ogłoszeniu o zamówieniu” w sekcji III „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym”, punkt III.2) „Warunki udziału”, podpunkt III.2.3) „Zdolność techniczna” postawił wykonawcom warunek wykazania się, iż „w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostarczyli co najmniej 15 sztuk wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych wagonów tramwajowych, czyli takich, których podłoga jest tak ukształtowana, aby w strefie objętej wejściami o szerokości 1300 mm położona była na wysokości nie większej niż 375 mm nad główką szyn, zmiany wysokości podłogi części pasażerskiej w pozostałej części wagonu do wysokości 480 mm nad główką szyn mogą być zrealizowane poprzez zastosowanie pochylni a podłoga części pasażerskiej przeznaczona dla pasażerów stojących nie może mieć stopni ani uskoków”.

Art. 22 ustawy Pzp określa warunki, jakie musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w myśl ww. przepisu musi m.in. posiadać „(...) niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...)”, a o ich spełnieniu informuje Zamawiającego poprzez złożenie oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków

zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, które – w przypadku przetargu ograniczonego - składa wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednak oprócz ustawowych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, które są doprecyzowaniem ogólnych warunków i wynikają ze specyfiki udzielanego zamówienia, jak również wartości zamówienia.

W niniejszym postępowaniu wykonawcy mają się wykazać nie tylko samym wykonaniem tramwaju niskopodłogowego i wieloczlónowego, a więc tramwaju określonego typu, ale również legitymować się dostawą – we wskazanym przez Zamawiającego okresie, 3 lat przed dniem wszczęciem postępowania - 15 sztuk tego typu tramwajów. Oznacza to, iż Zamawiający wymaga od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem w wykonaniu dostaw określonego typu tramwaju, a nie jakiegokolwiek typu tramwaju, co gwarantuje Zamawiającemu wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, „(...) a tym samym ograniczeniu do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością” (P.Granecki, Prawo zamówień publicznych, komentarz, Warszawa 2007, s. 97). Tak więc umiejętność wykonania określonego typu tramwaju musi być poparta nie tylko wiedzą, ale i praktyką zdobytą oraz ugruntowaną w trakcie realizacji wcześniejszych dostaw. Nie może to być – wbrew twierdzeniom Odwołującego - prototyp, ani też tramwaj, który zostanie dopiero wyprodukowany, po wprowadzeniu zmian (bez znaczenia jest to, czy zmiany te mają charakter istotny, czy też mniej istotny), dostosowujących tramwaj do oczekiwań Zamawiającego. Nie może mieć miejsca sytuacja, w której przedmiot zamówienia istnieje jedynie w sferze dokumentacji. Wykonawca musi się bowiem wykazać doświadczeniem w produkcji i dostawie określonego typu tramwaju, tj. tramwaju o określonych rozwiązaniach technicznych, odpowiadającego potrzebom Zamawiającego, a nie oczekiwaniom wykonawcy. To Zamawiający decyduje, co stanowi przedmiot zamówienia oraz jakie warunki udziału w postępowaniu wykonawca powinien spełnić, aby móc ubiegać się o określone zamówienie z uwzględnieniem obowiązujących w tym zakresie przepisów.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 19, poz. 177 z późn. zm) doprecyzowuje, iż Zamawiający na potwierdzenie doświadczenia wykonawcy może żądać wykazania się przez wykonawcę wykonaniem dostaw w okresie ostatnich trzech lat, i takie żądanie – prawidłowe w myśl przedmiotowego rozporządzenia - Zamawiający wykonawcom postawił. Oczekuje on bowiem ściśle wskazanego tramwaju o określonych parametrach technicznych (niskopodłogowego, wieloczlónowego, o określonej wysokości podłogi nad główką szyn) odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom, a żądanie wykazania się dostawą 15 sztuk tramwajów określonego typu przy zamówieniu 35 sztuk tramwajów nie

stanowi żądania nadmiernie wygórowanego, zwłaszcza w kontekście wymogów konstrukcyjnych tramwaju oraz ich przewidywanej wartości.

Istotnie – jak podniósł na rozprawie Zamawiający – kwestionowany warunek ogranicza konkurencję, niemniej jednak nie czyni tego w sposób nieuczciwy. W prowadzonym postępowaniu – wbrew twierdzeniom Odwołującego – postawiony warunek spełniło 7 wykonawców., więc nie był on warunkiem nadmiernie wygórowanym. Fakt, iż Odwołujący nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na skutek niespełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak wymaganego doświadczenia w produkcji i dostawie określonego typu tramwaju, nie świadczy o tym, iż doszło do naruszenia uczciwej konkurencji. Art. 22 ust. 2 ustawy Pzp nie oznacza bowiem, iż do udziału w postępowaniu należy dopuścić wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia. Doświadczenie nabyte przy produkcji tramwaju wysokopodłogowego i częściowoniskopodłogowego niewątpliwie różni się od doświadczenia nabytego przy produkcji tramwaju niskopodłogowego i wielocłonowego, a wózki będące istotnym elementem budowy tramwaju – jak oświadczył Zamawiający na rozprawie - mają wpływ na zużycie obręczy, drgania i możliwość wykolejania się. Oferowany produkt musi więc być nie tylko dopuszczony do ruchu, ale i wykazać się bezawaryjnością po przejechaniu wielu tysięcy kilometrów. Dlatego też ograniczeniem konkurencji nie będzie wymóg wykazania się realizacją określonej ilości tramwajów, które są porównywalne jakościowo i ilościowo. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu, aby w danym postępowaniu mogli wziąć udział wszyscy wykonawcy działający na rynku producentów tramwajów.

Izba tym samym uznała, iż nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, tj. naruszenia uczciwej konkurencji

Skład orzekający Izby nie zaliczył w poczet materiału dowodowego ogłoszenia o zamówieniu sektorowym prowadzonym przez Szczecińskie Przedsiębiorstwo Autobusowe „Klonowica” Sp. z o.o. oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 52/08, uznając, iż dotyczą one innych postępowań i nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie.

Izba nie zaliczyła także w poczet materiału dowodowego opinii przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego, jak i Zamawiającego, stwierdzając iż są to dokumenty prywatne.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie przedłożonej faktury, ograniczając je do kwoty 3600,00 zł stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Gdańsku.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....