

Sygn. akt: KIO 1028/17

**WYROK**  
**z dnia 30 maja 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2017 roku przez Odwołującego – **N. S.A. z siedzibą w N.**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w C. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C.**

przy udziale wykonawców:

- 1) **P. S. P. B. S.A. z siedzibą w B.;**
- 2) **S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w S.**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Częstochowie**

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

Dnia 22 maja 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisu art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **N. S.A. z siedzibą w N.**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę taboru tramwajowego na potrzeby publicznego transportu zbiorowego w Częstochowie prowadzi Zamawiający: **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w C. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C.** Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pod numerem: 2017/S 090-178175. Data opublikowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”): 11 maja 2017 r.

Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp poprzez opisanie w sekcji III.1.3) punkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz ppkt 1.2) lit. c) SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję polegający na wskazaniu, iż wykonawca spełni warunek zdolności technicznej lub zawodowej jeśli wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie 1 dostawę łącznie 5 fabrycznie nowych tramwajów niskopodłogowych, w których udział niskiej podłogi wyniósł min. 70 % oraz, które uzyskały dopuszczenie do eksploatacji lub homologację w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o wartości co najmniej 35 000 000 PLN brutto, z potwierdzeniem jej należytego wykonania bądź wykonywania.

Wykonawca wnosi ło nakazanie Zamawiającemu:

Zmianę treści sekcji III.1.3) punkt 1 ogłoszenia o zamówieniu i pkt III ppkt 1.2) lit. c) SIWZ poprzez wskazanie, iż warunek zdolności technicznej lub zawodowej spełni wykonawca, który wykaże, że wykonał należycie dostawę co najmniej jednego nowego niskopodłogowego tramwaju, w którym udział niskiej podłogi wyniósł min. 70% oraz który uzyskał dopuszczenie do eksploatacji lub homologację w jednym z Państw Unii Europejskiej lub Państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorstw.

Odwołujący wskazał, że jest producentem oraz podmiotem świadczącym usługi napraw i modernizacji taboru szynowego. W ramach swej działalności Odwołujący dostarcza również tramwaje. Odwołujący zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, ubiegając się o uzyskanie zamówienia. Jednakże postanowienia SIWZ, sformułowane z naruszeniem wskazanych w petitum odwołania przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty i przystąpienie do udziału w postępowaniu, ponieważ Odwołujący nie spełnia warunku zdolności technicznych lub zawodowych w obecnym kształcie. Gdyby natomiast warunek zdolności technicznych lub zawodowych został określony przez Zamawiającego w sposób zgodny z przepisami prawa, Odwołujący mógłby złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podnosił, iż sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i utrudnia uczciwą konkurencję.

Postępowanie obejmuje dostawę 10 tramwajów. Z tego względu obowiązek wykazania się wcześniejszą dostawą 5 tramwajów, co stanowi połowę obecnego zamówienia, jest żądaniem rażąco wygórowanym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę stosunkowo niewielki wolumen zamawianych tramwajów, za w pełni wystarczający należy uznać wymóg dostarczenia wyłącznie jednego tramwaju, ponieważ już dostawa jednego tramwaju świadczy o posiadaniu zdolności technicznych i zawodowych niezbędnych do dostarczenia 10 tramwajów zgodnych z wymaganiami zamawiającego.

Co więcej, przedmiotowy warunek prowadzi również do nieuzasadnionego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Należy bowiem zwrócić uwagę na stosunkową niewielką liczbą podmiotów konkurujących na rynku tramwajów w Polsce. Są to w zasadzie: P. S. P. B. S.A., S. B. & C. S.A. (samodzielnie lub w konsorcjum ze S. P. sp. z o.o.) oraz Odwołujący (dotychczas w konsorcjum z podmiotami trzecimi). Ze względu na niewielką liczbę tramwajów objętych przedmiotem postępowania, nie należy się przy tym spodziewać, aby w postępowaniu ofertę złożył samodzielnie któryś z producentów zagranicznych, takich jak B., A. czy S.

Odwołujący jest w stanie wykazać się dostawą jednego tramwaju w ostatnich 3 latach, co sprawia, iż nie spełnia obecnego warunku zdolności technicznych lub zawodowych. Tym samym, jeden z głównych producentów taboru szynowego mogących wziąć udział w postępowaniu zostaje pozbawiony możliwości złożenia oferty, co prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu, ponieważ konkurencja zostanie zawężona do dwóch podmiotów, a w przypadku gdyby któryś z nich nie złożył oferty, brak będzie jakiegokolwiek konkurencji w postępowaniu. Owo ograniczenie nie ma przy tym jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, ponieważ liczba zamawianych tramwajów

jest stosunkowo niewielka, a Odwołujący posiada zakład produkcyjny i odpowiedni know-how, o czym świadczy dostawa jednego tramwaju produkcji Odwołującego oraz dostawa kilkuset innych pojazdów szynowych w ostatnich 3 latach.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestników postępowania odwoławczego oraz dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

- 1) P. S. P. B. S.A. z siedzibą w B. (24 maja 2017 roku);
- 2) S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w S. (25 maja 2017 roku).

Przystąpienia Izba uznała za skuteczne. Obaj Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa **10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów**, przegubowych, wieloczlonowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych, spełniających wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 roku w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. 2011 r., Nr 65, poz. 344) oraz zgodnych ze szczegółowym opisem wymagań technicznych i funkcjonalnych, który zamieszczono w załączniku nr 1 do SIWZ. Zamawiający zastrzegł sobie skorzystanie z prawa opcji zakupu **1 – 5 sztuk** fabrycznie nowych tramwajów, zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, o parametrach i wyposażeniu tożsamym jak dla tramwajów objętych podstawowym zamówieniem.

Pierwotnie ustalono, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że *wykonał lub wykonuje należycie 1 dostawę łącznie 5 fabrycznie nowych tramwajów niskopodłogowych, w których udział niskiej podłogi wyniósł min. 70% oraz, które uzyskały dopuszczenie do eksploatacji lub homologację w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o wartości co najmniej 35 000 000,00 złotych brutto, z potwierdzeniem jej należytego wykonania bądź wykonywania.*

Następnie Zamawiający w dniu 17 maja 2017 roku zmodyfikował zapisy SIWZ odnośnie przedmiotowego warunku, ustalając, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że **wykonał należycie 1 dostawę łącznie co najmniej 5** fabrycznie nowych tramwajów niskopodłogowych, w których udział niskiej podłogi wyniósł min. 70% oraz, które uzyskały dopuszczenie do eksploatacji lub homologację w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o wartości co najmniej 35 000 000,00 złotych brutto, z potwierdzeniem jej należytego wykonania.

Odwołujący kwestionował pierwotnie ustalony warunek udziału dotyczący zdolności technicznej.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Podwodem oddalenia odwołania w całości nie była jednak zmiana SIWZ w zakresie treści warunku będącej przedmiotem odwołania, o co wnosił Przystępujący Stadler. W ocenie Izby, mimo zmiany postanowienia Rozdziału III ust. 1 pkt c SIWZ, zarzut odwołania dotyczący ww. postanowienia podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Należy bowiem stwierdzić, że dokonana przez Zamawiającego korekta nie zmieniała merytorycznej istoty tego postanowienia, która była kwestionowana w odwołaniu oraz na rozprawie. W świetle zmodyfikowanego wymogu wykonawca nadal zobowiązany będzie do wykazania, że wykonał należycie 1 dostawę co najmniej 5 sztuk tramwajów. Właśnie zbyt duży wolumen pojazdów referencyjnych był podstawą zarzutów odwołania. W tym zaś zakresie Zamawiający postanowień SIWZ nie zmienił.

Rozpoznając merytorycznie zarzuty odwołania, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Z treści art. 22 ust. 1a ustawy Pzp wynika, że Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Wyrażając więc opinię w sprawie Izba miała na uwadze płynące z orzecznictwa wytyczne badania zachowania proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia należy dokonywać pod kątem ustalenia, czy nie był nadmierny dla oceny zdolności wykonawcy zdobytych dotychczas przy realizacji przedmiotowo podobnych zamówień na rzecz innych podmiotów. Na wstępie warty uwagi jest stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 08.05.2014 r., sygn. XII Ga 211/14, iż *„Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać warunek ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu*

*dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na całokształt przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny".*

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności postawionego warunku, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Jak wynika ze złożonego przez Odwołującego zestawienia wykonanych dostaw pasażerskich pojazdów szynowych w ciągu ostatnich 3 lat, jest on drugim co do wielkości na rynku dostawcą tego typu pojazdów, nie ma jednak doświadczenia w dostawie większej ilości tramwajów. Zamawiający realizuje dostawę tramwajów, nie zaś pasażerskich pojazdów szynowych. Nie jest więc jego obowiązkiem uwzględnianie doświadczenia wszystkich podmiotów działających na rynku pojazdów szynowych ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danej dostawy. Okoliczność, że inni Zamawiający w prowadzonych postępowaniach na dostawę spalinowych zespołów trakcyjnych dopuszczali wykazanie się dostawami wszelkiego rodzaju pojazdów spalinowych jest bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Każde bowiem postępowanie charakteryzuje się



pewną odrębnością, inne są także potrzeby i oczekiwania poszczególnych Zamawiających, w końcu odrębnie może kształtować się konkurencyjność wykonawców na danym rynku.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z realizacją zapewnienia, a także takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Ze złożonego przez Przystępującego P. zestawienia dostaw tramwajów realizowanych w ostatnich 3 latach wynika, iż zamawiający realizujący takiego typu zamówienia – dostaw do 20 sztuk pojazdów, ustalają warunki udziału odnośnie wiedzy i zdolności technicznych na poziomie od 50% do 83% wielkości zamówienia dla jednej dostawy. Tezy przeciwnej Odwołujący nie udowodnił, za wiarygodne nie można bowiem uznać powołanie się na największe dotychczas realizowane zamówienie tego typu w Europie prowadzone przez T. W. (ponad 200 sztuk tramwajów). A więc wymóg, aby wykonawca posiadał doświadczenie w dostawie podobnej do przedmiotu zamówienia obejmującej 1/3 wielkości tego zamówienia nie jest wymogiem nadmiernym, czy też nieproporcjonalnym.

Co do zasady, doświadczenie wykonawcy związane jest z powtarzalnością realizowanych przez niego dostaw (usług, robót budowlanych). W konsekwencji nie sposób odmawiać zamawiającym prawa do określania liczby zamówień w wymaganej wysokości przedmiotowej, których wykonanie świadczyć będzie, w ich ocenie, o należyтым przygotowaniu wykonawców do realizacji zamówienia określonej wielkości. Uprawnione jest bowiem zapatrywanie, że podmiot, który legitymuje się realizacją kilku świadczeń danego rodzaju na rzecz różnych zamawiających i w różnych okolicznościach faktycznych posiada większe doświadczenie niż ten, który incydentalnie zrealizował jedno zamówienie. Domniemywać należy, iż innego zaangażowania Wykonawcy wymaga dostawa 1 tramwaju a innego dostawa 5 takich pojazdów. Niewątpliwie w tym drugim przypadku konieczne jest spełnienie większego zakresu wymagań, choćby logistycznych, do zrealizowania takiego zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego celem Zamawiającego nie musi być tylko w przypadku przedmiotowego zamówienia sprawdzenie zdolności produkcyjnych danego wykonawcy ale właśnie sprawdzenie, czy w taki sposób potrafi on zorganizować swoje przedsiębiorstwo i kontakty biznesowe, aby w wyznaczonym terminie dokonać dostawy większej liczby pojazdów niż 1 sztuka. Poprawna realizacja zamówienia nie może być kwestią incydentalną, czy jednorazową, gdyż takie jednorazowe wykonanie zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że danemu wykonawcy można przypisać cechę zdolności technicznej do realizacji większych zamówień danego typu. Zdaniem składu orzekającego Izby przy dostawie tramwajów o doświadczeniu wykonawcy świadczyć może skala i rodzaj

danej dostawy, bowiem najistotniejszym elementem jest umiejętność wyprodukowania określonej liczby tramwajów o danych parametrach i sprawna realizacja dostaw tych pojazdów.

Izba nie uwzględniła postulatów Odwołującego przedstawionych na rozprawie, aby zmienić zapisy SIWZ w ten sposób, aby dopuścić możliwość wykazania się „wykonaniem dostawy elektrycznych pasażerskich pojazdów szynowych” ewentualnie „wykonaniem dostawy 5 elektrycznych pasażerskich pojazdów szynowych, w tym co najmniej 1 tramwaju”. Izba w tym zakresie podziela stanowisko Zamawiającego i obu Przystępujących, że warunek zostałby określony zbyt szeroko, bez uwzględnienia komplementarności z zamawianymi pojazdami oraz z pominięciem minimalnego poziomu zdolności technicznych, który powinien posiadać wybrany wykonawca.

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:**