



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



URZĄD MARSZAŁKOWSKI WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO
25-516 Kielce, Al. IX Wieków Kielc 3 tel. 0-41 342 15 49, fax 0-41 344 52 65

DOA.III-3323-45/09

Kielce, 2010.01.19.

*NEWAG S.A.
ul. Wyspiańskiego 3
33-300 Nowy Sącz*

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

Dot. protestu na treść ogłoszenia i postanowienia SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „dostawa 4 sztuk nowych, dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych”.

Do postępowania protestacyjnego przystąpił w dniu 13-01-2010 roku Wykonawca: Pojazdy Szynowe PESA BYDGOSZCZ, Spółka Akcyjna Holding, ul. Zygmunta Augusta 11;85-082 Bydgoszcz.

Zamawiający – Województwo Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach działając zgodnie z art. 183 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), oddała protest w całości.

UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE

W dniu 13.01.2010 roku Wykonawca NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3; 33-300 Nowy Sącz na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku –Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz U. z 2007 roku, Nr.223, poz.1655 z późn.zm.) złożył protest na czynności Zamawiającego, podjęte w ramach niniejszego postępowania. Protest został złożony przez podmiot uprawniony oraz w ustawowym terminie i podlega rozstrzygnięciu .

Protestujący swym protestem obejmuje **pkt. III 2.1.A.2)** ogłoszenia o zamówieniu oraz **pkt. 5.1.a.2) SIWZ** w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Składający protest zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 , art. 22 ust. 2 Pzp w zw. z przepisami art. 15 ust. 1 pkt. 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku – o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania

wykonawców, w zakresie, w jakim warunek ten wyklucza możliwość uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotów, spełniający wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponujących potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które w terminie od 30 grudnia 2006 roku do 30 grudnia 2009 roku nie wykonały i nie dostarczyły w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa fabrycznie nowe co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10 000 000, 00 złotych brutto każdy pojazd.

Protestujący wnosi o zmianę kwestionowanych warunków udziału określonych w **pkt. III 2.1.A.2)** ogłoszenia o zamówieniu oraz **pkt. 5.1.a.2) SIWZ** przez zmianę warunku na nowy o następującej treści :

„ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie , tj. w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania(...), a jeżeli okres działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali i dostarczyli w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe od przewozów pasażerskich z napędem elektrycznym z minimum 100 miejscami siedzącymi.

Zamawiający na podstawie rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane(Dz. U Nr 87, poz. 605) żądał w **pkt. III 2.1.A.2)** ogłoszenia o zamówieniu oraz **pkt. 5.1.a.2) SIWZ** wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie. Wykonawca musi wykazać, że wykonał i dostarczył w ramach jednej lub dwóch dostaw minimum dwa fabrycznie nowe co najmniej dwuczłonowe kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 10 000 000, 00 złotych brutto każdy pojazd.

Zamawiający ma prawo określić, jakiego doświadczenia będzie wymagał od Wykonawców biorących udział w postępowaniu, a tak postawiony wymóg ma zagwarantować Zamawiającemu rzetelną realizację przedmiotu zamówienia. Warunek postawiony przez Zamawiającego nie narusza zasad równego traktowania Wykonawców i zasad uczciwej konkurencji oraz zgodny jest z przepisami ustawy Prawo zamówień

publicznych, a w szczególności z wyżej wymienionym rozporządzeniem. Warunek postawiony przez Zamawiającego jest adekwatny do przedmiotu zamówienia co do rodzaju, wartości zamówienia i nie wykracza poza zakres zamówienia oraz ustawowe uprawnienia. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 4 sztuk nowych, dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem wykonania i dostarczenia co najmniej 2 sztuk co najmniej dwuczłonowych kolejowych pojazdów szynowych o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto każdy pojazd. Wartość zrealizowanych dostaw wymagana od potencjalnych Wykonawców jest o połowę mniejsza niż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia obejmująca zakup 4 sztuk pojazdów szynowych. Zamawiający stawiając w/w warunek udziału w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji i nie narusza zasad równego traktowania Wykonawców, gdyż postawiony warunek został określony jednakowo dla wszystkich Wykonawców i jest on współmierny do rangi przedsięwzięcia. Nie chodzi tu o minimalne doświadczenie, lecz o wykazanie się przez Wykonawców posiadania doświadczenia w realizacji konkretnych zadań, jako pewnej umiejętności zdobytej i ugruntowanej w trakcie praktyki. Ustawodawca nie ogranicza prawa Zamawiającego do samodzielnego określania warunków udziału w postępowaniu.

Żądanie Protestującego dotyczy zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia poprzez skreślenie wyrazu "fabrycznie nowe". Oznacza to, że Protestujący nie posiada doświadczenia w zakresie wykonanych i dostarczonych fabrycznie nowych szynowych pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym. Uwzględnienie protestu oznaczałoby, że Wykonawcy przystępujący do postępowania nie muszą wykazać się doświadczeniem w zakresie wykonania i dostarczenia fabrycznie nowych szynowych pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym, co oznaczałoby, że posiadają doświadczenie tylko w dostarczeniu pojazdów używanych lub na podzespołach używanych. Zamawiający określając warunek musi mieć pewność, iż potencjalny Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z jego wymaganiami, posiadając w tym zakresie odpowiednie doświadczenie w praktyce. Zamawiający nie może eksperymentować na pasażerach oraz wydatkować środki publiczne bez zagwarantowania efektywności ich wydatkowania. Dopuszczenie do udziału Wykonawców, którzy sprzedali używane bądź modernizowane kolejowe pojazdy szynowe z napędem elektrycznym nie dają Zamawiającemu tej gwarancji.

Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn akt KIO/UZP 857/09 „Zamawiający dopuszczając warunek doświadczenia w zakresie modernizacji ETZ

pozbawiłby siebie pewności co do doświadczenia wykonawców w dostawach nowych zespołów trakcyjnych, tym samym przedmiotowe zamówienie mogłoby być zagrożone nieprawidłową jego realizacją”.

To, że Protestujący nie posiada wymaganego doświadczenia nie może być przesłanką do postawienia zarzutu Zamawiającemu, iż ograniczył on konkurencję i nie zachował zasad równego traktowania Wykonawców. Sytuacja taka miałaby miejsce, tylko wtedy jeżeli jeden Wykonawca zarówno na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, jak z zagranicy byłby w stanie wykazać się takim doświadczeniem, a Zamawiający posiadając tą wiedzę postawiłby warunek udziału w postępowaniu, który może spełnić tylko jeden wykonawca. Protestujący w treści protestu sam potwierdza, że potencjalnych Wykonawców, którzy spełniają warunek postawiony przez Zamawiającego jest wielu. Podmioty te potencjalnie są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia i posiadają doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Procedura otwarta zastosowana przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu daje możliwość wszystkim Wykonawcom zainteresowanym postępowaniem do udziału w tym postępowaniu i złożenia oferty. Ponadto zmiany wprowadzone ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych umożliwiają Wykonawcom z korzystania i polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. Protestujący nie posiadając wymaganego doświadczenia może skorzystać z przesłanki określonej w art. 26 ust. 2b ustawy lub ewentualnie złożyć ofertę na podstawie art. 23 ustawy Pzp. Brak wymaganego doświadczenia przez Protestującego nie daje mu podstaw do zarzucenia, iż Zamawiający narusza art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe należy protest oddalić w całości i uznać zarzuty oraz żądanie Protestującego za bezzasadne.

POUCZENIE

Od oddalenia protestu przysługuje odwołanie wnoszone bezpośrednio do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie zawiadamiając o tym fakcie Zamawiającego. Złożenie odwołania w pocztówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Jednocześnie, na podstawie art. 27 ust. 2 w/w ustawy, Zamawiający żąda niezwłocznego potwierdzenia otrzymania niniejszego rozstrzygnięcia, w jednej z niżej wymienionych form:

- faksem, na numer Zamawiającego: (041) 344 57 23, poprzez odesłanie niniejszego pisma, potwierdzonego datą odebrania i podpisem osoby odbierającej, oraz określeniem ilości otrzymanych stron.
- e-mailem, na adres: jolanta.stypula@sejmik.kielce.pl, poprzez napisanie treści potwierdzenia z określeniem ilości otrzymanych stron, wskazaniem daty otrzymania zawiadomienia oraz z podaniem imienia i nazwiska osoby potwierdzającej.

ZATWIERDZAM:

z up. Marszałka Województwa


Bernard Antos

Dyrektor Kancelarii Zarządu

Otrzymuje:

Pojazdy Szynowe PESA BYDGOSZCZ, Spółka Akcyjna Holding,

ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz.