

**Sygn. akt: KIO/300/11**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 1 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 1 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym są **Koleje Dolnośląskie S.A., 59-220 Legnica, ul. Wojska Polskiego 1, lok. 5**,

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** na rzecz **Kolei Dolnośląskich S.A., 59-220 Legnica, ul. Wojska Polskiego 1, lok. 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a oraz 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Koleje Dolnośląskie S.A., ul. Wojska Polskiego 1 lok. 5; 59-220 Legnica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę pięciu fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT)*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 219-336431.

Dnia 9 lutego 2011 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 27-042672 została opublikowana zmiana ogłoszenia o zamówieniu.

Dnia 4 lutego 2011 roku Zamawiający opublikował, na swojej stronie internetowej zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dnia 14 lutego 2011 roku wykonawca NEWAG S.A. w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 3; 33-300 Nowy Sącz (zwany dalej „*Odwołujący*”), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 oraz art. 7 ustawy Pzp, przez niewykonanie i nienależyte wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2010r., sygn. akt KIO/2518/10, wydanego w wyniku wniesienia odwołania przez NEWAG S.A. na treść ogłoszenia oraz s.i.w.z., a nakazującego Zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia oraz s.i.w.z. Niewykonanie wyroku polega na zmianie treści ogłoszenia (pkt. III.2.1) oraz s.i.w.z. (pkt. VI.1.2) niezgodnie z treścią odwołania, uwzględnionego wyrokiem KIO z dnia 30.11.2010 r.

Niewykonanie wyroku, w ocenie Odwołującego uniemożliwia mu skuteczne złożenie oferty w postępowaniu (przez utrzymanie obowiązku posiadania dla pojazdu świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h, co stanowi o naruszeniu art. 7 ustawy - naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez utrudnianie dostępu do rynku), a tym samym uzyskanie zamówienia, jak również kształtuje sytuację prawną odwołującego w postępowaniu niezgodnie z treścią uprzedniego odwołania oraz uwzględniającego to odwołanie wyroku KIO.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia (pkt. III.2.1) oraz s.i.w.z. (pkt. VI.1.2) przez określenie warunku wiedzy i doświadczenia wykazaniem przez wykonawcę dostawą nie mniej niż czterech elektrycznych zespołów trakcyjnych, wraz z usunięciem wymogu posiadania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością, co najmniej 160 km/h. Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodów szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 12 lutego 2011 roku.

Zamawiający, dnia 14 lutego 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 16 lutego 2011 roku wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, na posiedzeniu w dniu 1 marca 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia tegoż wniosku, wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas posiedzenia, dopuszczając dowody w postaci wyroku KIO z dnia 30 listopada 2010 r. o sygn. KIO 2518/10 i 2534/10 wraz z uzasadnieniem, odwołanie wykonawcy NEWAG S.A. z 18 listopada 2010 r. oraz zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz zmodyfikowaną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.**

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zamawiającego, w dniu 19 listopada 2010 roku wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu wniósł odwołanie dotyczące postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, tj. wprowadzenie wymogu wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w postaci dostaw pięciu fabrycznie nowych EZT, dla których wydano świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością, co najmniej 160 km/h, co uniemożliwiało Odwołującemu udział w postępowaniu, (pkt. III.2.3.1) ogłoszenia oraz rozdz. VI pkt. B 1) siwz. Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie § 1 ust. 1 pkt 2 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, 1817), przez zaniechanie wymogu wykazania się dostawami z okresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w to miejsce żądaniem wykazania się dostawami pojazdów, dla których w okresie ostatnich trzech lat wydano świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h (pkt. III.2.3.1) ogłoszenia.

Zamawiający uznał za zasadny zarzut nieproporcjonalnego określenia ilości EZT zrealizowanych dostaw w stosunku do przedmiotu zamówienia i zrezygnował z wymogu wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem zrealizowania dostaw w liczbie nie mniej niż 5 fabrycznie nowych EZT, a w to miejsce wprowadził wymóg wykazania się doświadczeniem zrealizowania dostaw nie mniej niż 3 fabrycznie nowych EZT - SEKCJA III.2.3) 1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. VI.B 1) siwz;

Zamawiający uznał także zarzut nieprawidłowego określenia okresu, w którym wykonawcy winni wykazać liczbą zrealizowanych dostaw (tj. oznaczenia tego okresu poprzez użycie słów: „w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”) - SEKCJA III.2.3)1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. VI.B 1) siwz.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu niewłaściwego opisanie warunku udziału w postępowaniu przez wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w postaci zrealizowanych dostaw EZT, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160km/h.

Izba rozpoznając zarzut dotyczący wymogu wykazana się przez wykonawcę doświadczeniem w postaci zrealizowanych dostaw EZT, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Urząd Transportu Kolejowego lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Izba uznała za zasadne zarzuty Odwołującego, w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego i wskazała, że Zamawiający winien dokonać zmiany ogłoszenia oraz modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

W ocenie Izby, przedmiot rozpoznawanego odwołania miałby dotyczyć tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 30 listopada 2010 roku, sygn. akt. KIO/2518/10, KIO/2534/10 (sprawa połączona). Tym samym Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:**

.....