

Sygn. akt: KIO 1033/17

WYROK

z dnia 8 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2017 r. przez wykonawcę **C. T. Sp. z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. (...)**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę C. T. Sp. z o.o., ul. (...) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę C. T. Sp. z o.o., ul. (...) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od C. T. Sp. z o.o., ul. (...) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. (...) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę 5 sztuk fabrycznie nowych pojazdów szynowo-drogowych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 043-079145.

W dniu 25 maja 2017 r. wykonawca C. T. Sp. Z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty podlegającej odrzuceniu.

Powyżej wskazanej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie podstawowych zasad postępowania zawartych w art. 7 ustawy Pzp, tj. zasady przejrzystości, równego traktowania i zasady proporcjonalności poprzez naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez faktyczne dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) po upływie terminu składania ofert,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego w związku z błędnym zastosowaniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez ustalenie, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
- art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy S. s., który przedstawił w postępowaniu nieprawdziwe informacje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niedokonanie odrzucenia oferty S. s., mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

Ponadto, w przypadku, gdyby Izba uznała, że zarzut wadliwego odrzucenia oferty/wykluczenia odwołującego nie potwierdził się, odwołujący zarzucił ewentualnie naruszenie przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

unieważnienia postępowania mimo wystąpienia przesłanek wskazanych w tym przepisie powodujących, że umowa może podlegać unieważnieniu na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania na wstępie odwołujący podał istotne dla rozstrzygnięcia sprawy fakty, przepisy prawa, oraz postanowienia SIWZ. Odwołujący wskazał, że pierwotnie sformułowany przez zamawiającego w pkt 8.5.1 IDW warunek udziału w postępowaniu wzbudził wątpliwości odwołującego wobec faktu, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. zgodnie z ustawą z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. 2003 Nr 86, poz. 789 ze zm.), przewidziane są dwa tryby dopuszczenia do eksploatacji dla pojazdów kolejowych. Pierwszy z nich dotyczy uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu zgodnie z art. 22f ustawy o transporcie kolejowym i ma zastosowanie do pojazdów kolejowych przeznaczonych do eksploatacji wyłącznie na bocznicach kolejowych, na infrastrukturze kolejowej obejmującej linie kolejowe o szerokości torów mniejszej niż 1435 mm, w metrze lub na sieciach kolejowych, które są funkcjonalnie wyodrębnione z systemu kolei i przeznaczone tylko na potrzeby pasażerskich przewozów lokalnych oraz miejskich lub podmiejskich przewoźników kolejowych prowadzących działalność wyłącznie w obrębie tych sieci kolejowych.

Natomiast pojazdy nieobjęte zakresem dopuszczenia do eksploatacji w trybie świadectwa, które jednocześnie nie są wykorzystywane, zgodnie z art. 3 ustawy o transporcie kolejowym, podlegają obowiązkowi uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji. W przypadku, gdy pojazd jest objęty obowiązkiem uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji, przepisy ustawy o transporcie kolejowym rozróżniają dwa typy pojazdów kolejowych - zgodnie z art. 23b ustawy o transporcie kolejowym są to pojazdy zgodne z technicznymi specyfikacjami interoperacyjności (dalej: „TSI”), oraz niezgodne z TSI - obowiązującym w dniu wydania zezwolenia dopuszczenia do eksploatacji tych pojazdów. Tok postępowania o uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji został przewidziany w art. 23b i nast. ustawy o transporcie kolejowym.

Jak podał odwołujący, w związku z powszechnie znanym faktem, że na dzień ogłoszenia przedmiotowego postępowania zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdów szynowo-drogowych posiada jedynie firma S. s. oraz w związku z nieprecyzyjnym sformułowaniem warunku udziału w postępowaniu, odwołujący pismem z dnia 17 marca 2017 r. zwrócił się do zamawiającego o potwierdzenie, że możliwym dla wykazania warunku doświadczenia jest posiadanie przez wykonawcę zezwolenia, o którym mowa w art. 23 b i nast. ustawy o transporcie kolejowym lub świadectwa, o którym mowa w art. 22 f tejże ustawy. W swym piśmie odwołujący wskazał m. in.: „ Zgodnie z treścią art. 22f ust. 13 ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym [tj. z 15.09.2016 r.,

Dz.U. z 2016 r., poz. 1727] Świadczenie Dopuszczenia dotyczy pojazdów przeznaczonych do eksploatacji wyłącznie na bocznicach kolejowych, na infrastrukturze prywatnej, na infrastrukturze kolei wąskotorowej, w metrze, na sieci funkcjonalnie wyodrębnionej. Błędne i sprzeczne z ustawą o transporcie kolejowym jest oczekiwanie, aby Świadczenie Dopuszczenia miało stanowić dopuszczenie pojazdów do ruchu po liniach kolejowych na terenie Polski; takie dopuszczenie może wynikać wyłącznie z Zezwolenia. Powyższa sprzeczność w zakresie SIWZ - sprzeczne z ustawą oczekiwanie, co do skutków Świadczenia Dopuszczenia - nie może wywoływać negatywnych konsekwencji po stronie wykonawcy, który przedłożył jeden z dwóch alternatywnie wymaganych dokumentów”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ww. piśmie podkreślił także, że: „niedopuszczalne jest oczekiwanie od wykonawcy przedłożenia Świadczenia Dopuszczenia lub Zezwolenia i jednocześnie oczekiwanie, aby dokument ten stanowił dopuszczenie pojazdu do ruchu po liniach kolejowych na terenie Polski”. Odwołujący stwierdził, że powołał i wykazał, że zestawienie wymogu przedłożenia Świadczenia Dopuszczenia lub Zezwolenia z wymogiem dopuszczenia pojazdu do ruchu po liniach kolejowych na terenie Polski rażąco ogranicza konkurencję i narusza zasadę proporcjonalności. Wskazał również, że zezwolenie na tego typu pojazd Prezes UTK wydał dotychczas jeden raz i to na rzecz podmiotu, który realizował zamówienie dla PKP PLK S.A. (nr sprawy: ICZ1b-231-20/2015) i że taka interpretacja uzasadniałaby wniosek, że SIWZ świadomie preferuje jednego wykonawcę, a zatem narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Jak zauważył odwołujący, w piśmie z dnia 22 marca 2017 r. zamawiający uznał słuszność argumentacji C. T. Sp. z o.o., stwierdzając, że: „(...) przychyliła się do prośby Wykonawcy (...)”. W powyższym piśmie zamawiający potwierdził możliwość wykazania się doświadczeniem za pomocą uzyskanego wcześniej świadectwa. Zamawiający utwierdził i umocował w ten sposób C. T. Sp. z o.o. w przekonaniu, że przedłożenie świadectwa w połączeniu z referencjami będzie stanowiło należyte wywiązanie się z obowiązku wykazania doświadczenia w ramach dostaw omawianych pojazdów. Jednocześnie zamawiający w swym piśmie ograniczył swoje wymaganie poprzez wykreślenie wyrazów: „bez jakichkolwiek ograniczeń”, dopuszczając tym samym, aby wykonawca w ten sposób wykazał swoje doświadczenie.

Takie zachowanie zamawiającego odwołujący uznał za racjonalne wobec faktu, że podnoszony wymóg posiadania doświadczenia wyrażającego się w konieczności uprzedniego uzyskania zezwolenia byłby w sposób oczywisty sprzeczny z zasadą konkurencyjności i proporcjonalności z uwagi na wcześniej wskazany fakt posiadania takiego zezwolenia wyłącznie przez firmę S. s. oraz także wobec całkowitego braku uzasadnienia dla tak postawionego warunku.

Odróżnienia wymaga bowiem, w ocenie odwołującego, sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawców określony w pkt 8.5.1. IDW od warunku kontraktowego wyrażającego się obowiązkiem dostarczenia zamawiającemu dokumentu uprawniającego do eksploatacji oferowanych pojazdów opisany w par. 5 ust. 3 Warunków Umowy stanowiących Tom trzeci SIWZ. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał, aby w trakcie realizacji Umowy wykonawca dostarczył mu przedmiotowe zezwolenie. Ten fakt niezbieżnie podkreśla treść załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego Opis przedmiotu Zamówienia, który jednocześnie jest załącznikiem nr 2 do Umowy, a w którym zamawiający napisał: „Oferowane pojazdy powinny być kompletne i spełniać wszelkie wymagania niezbędne do zarejestrowania i dopuszczenia do eksploatacji kompletnego pojazdu na drogach kołowych oraz na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP PLK S.A. Powinny być przekazane wraz z niezbędnymi dokumentami i dokumentacjami Zamawiającemu”. (pkt 2 str. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ.)

Z uwagi na powyższe, bezspornym jest, zdaniem odwołującego, że zamawiający wymagał, aby dopiero w trakcie realizacji umowy zaoferowany pojazd uzyskał niezbędne w tym zakresie dopuszczenie do eksploatacji.

Odwołujący wskazał ponadto, że w załączniku nr 2 do SIWZ zamawiający zawarł wzór wykazu wykonanych dostaw, w którym wykonawcy byli zobowiązani do wskazania m.in. dat wykonania, tzn. daty rozpoczęcia i daty zakończenia, a także wskazania nr strony oferty zawierającej dowód potwierdzający należyte wykonanie dostawy. Zamawiający w pkt 9.7 IDW określił, jakich dokumentów wymagać będzie na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu od wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę. Dla potwierdzenia doświadczenia wykonawca zobowiązany był złożyć: „wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem przedmiotu (podać typ/typy), dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały zrealizowane - (sporządzony wg wzoru, który stanowi Załącznik Nr 2 do SIWZ oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały zrealizowane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez Podmiot, na rzecz którego dostawy były realizowane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. Wykonawca dołączy dokumenty dopuszczające pojazdy szynowo - drogowe do ruchu kolejowego, o których mowa w podpunkcie 8.5.1. powyżej”. Odwołujący zauważył, że zamawiający w pkt 19.8 IDW zawarł opis trybu i sposobu oceny ofert wskazując m.in., że w przypadku, gdy zajdą okoliczności wskazane w art. 89 ustawy Pzp, zamawiający odrzuci ofertę (pkt 19.7 IDW) oraz, że przedstawienie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych,

mających wpływ na wynik postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 Ustawy PZP (pkt 19.8 IDW).

Odwołujący podkreślił, że w tomie 3 SIWZ zawierającym Warunki Umowy wykonawca został zobowiązany w § 5 ust. 3 do uzyskania na oferowane pojazdy dopuszczenia do eksploatacji typu bez jakichkolwiek ograniczeń wydane przez Prezesa UTK w W. Termin realizacji Umowy został ustalony na dzień 29 grudnia 2017 r.

Uwzględniając powyższe, w ocenie odwołującego, czynności zamawiającego polegające na dokonaniu odrzucenia oferty/wykluczenia odwołującego z postępowania, zostały dokonane z oczywistym naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten dopuszcza zmiany SIWZ wyłącznie na etapie przed składaniem ofert w postępowaniu. Podstawa odrzucenia/wykluczenia z postępowania odwołującego, na jaką powołuje się zamawiający, nie znajduje, w przekonaniu odwołującego, uzasadnienia w brzmieniu wymagań zawartych w treści SIWZ z uwzględnieniem wyjaśnień dokonanych w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że aby odrzucić/wykluczyć odwołującego na podstawie, na jaką powołuje się zamawiający, koniecznym byłoby dokonanie stosownej zmiany SIWZ na etapie przed składaniem ofert, czego jednak zamawiający nie uczynił. W konsekwencji, w ocenie odwołującego, próba aktualnego interpretowania brzmienia warunku udziału w postępowaniu ma znamiona interpretacji zmieniającej postawiony warunek, która na tym etapie postępowania jest niedopuszczalna. Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu zostały ostatecznie złożone 2 oferty, w tym odwołującego, a przy uwzględnieniu zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wyraził przekonanie, że złożył ofertę spełniającą wszystkie zawarte w SIWZ wymagania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający powziął wątpliwości co do dokumentów złożonych przez odwołującego i m.in. pismem z dnia 18 kwietnia 2017 r. wezwał odwołującego do złożenia w terminie do 2 maja 2017 r. do godz. 10.00 : „(...) oświadczeń i dokumentów wskazanych w rozdziale 8 i 9 IDW”.

W odpowiedzi w dniu 2 maja 2017 r. odwołujący złożył m.in. wykaz wykonanych dostaw, referencje oraz świadectwo wystawione przez Prezesa UTK dla pojazdu szynowo-drogowego U., którego treść zakwestionował zamawiający w kolejnym piśmie z dnia 4 maja 2017 r. stwierdzając, że nie spełnia ono warunku: „dopuszczenia pojazdu do ruchu po liniach kolejowych na terenie Polski” i wzywając do złożenia innego dokumentu do dnia 8 maja 2017 r.

Odwołujący w kolejnej odpowiedzi z dnia 8 maja 2017 r. złożył po raz drugi wyjaśnienie całego problemu, przytaczając wniesione przez siebie pismo z dnia 17 marca 2017 r., powtarzając argumentację uprzednio uwzględnioną przez zamawiającego w piśmie z dnia 22 marca 2017 r., zwracając zamawiającemu uwagę na niekonsekwencję jego działań wprowadzających wykonawcę w błąd i naruszających zasadę konkurencyjności. Mimo powyższych wyjaśnień i podnoszonych po raz kolejny kwestii, zamawiający pismem z dnia 15 maja 2017 r. dokonał rozstrzygnięcia postępowania wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez S. s. i odrzucając ofertę odwołującego jako złożoną przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający stwierdził, że przedstawione przez wykonawcę świadectwo nie potwierdza, że pojazdy są dopuszczone do ruchu po liniach kolejowych na terenie Polski.

Odwołujący podniósł, że żadne wydane przez Prezesa UTK po wejściu w życie w dniu 28 stycznia 2012 r. ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o transporcie kolejowym (Dz. U. 2011 Nr 230 poz. 1372) świadectwo nie może ze swej istoty potwierdzać, że pojazdy są dopuszczone do ruchu po liniach kolejowych na terenie Polski. Zamawiający wyraźnie dopuścił, aby wykonawcy na potwierdzenie posiadanego doświadczenia posłużyli się posiadanymi świadectwami. Takie zachowanie zamawiającego stanowi nieuprawnioną zmianę postanowień SIWZ dokonaną po upływie terminu składania ofert i jako takie nie korzysta z ochrony.

Odwołujący stwierdził ponadto, że obecne stanowisko zamawiającego, oprócz tego, że niezgodne jest z przepisami, ustalonymi przez siebie samemu wymogami i elementarną logiką, prowadzi do wyboru oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący argumentował, że przedstawione przez odwołującego świadectwo jest dokumentem potwierdzającym wymagane doświadczenie bowiem:

- 1) Dotyczy pojazdu szynowo-drogowego, a zatem zgodnego rodzajem z pojazdem będącym przedmiotem niniejszego postępowania,
- 2) Wskazuje typ pojazdu - U.,
- 3) Podaje charakterystykę pojazdu wskazując, że jest to pojazd kolejowy mogący m.in. przemieszczać się po torach kolejowych.

Nie ma zatem, zdaniem odwołującego, uzasadnienia dla odmowy uznania złożonego dokumentu za prawidłowy i jako taki będący, oprócz złożonego wykazu dostaw i referencji, dokumentem potwierdzającym wymagane przez zamawiającego w pkt 8.5.1 doświadczenie.

Reasumując odwołujący stwierdził, że złożył prawidłową ofertę niepodlegającą

odrzuconiu, która winna być uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Cena oferty wynosi 5 798 369 zł netto.

Odwołujący zarzucił ponadto zamawiającemu, że zamawiający dokonując odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego doprowadził do wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt podania przez wykonawcę S. s. nieprawdziwych informacji mających wpływ na prowadzenie postępowania.

Jak zauważył odwołujący, wykonawca S. s. dla udowodnienia posiadanego doświadczenia sporządził wykaz wskazując doświadczenie w dostawie 5 szt. pojazdów szynowo-drogowych na rzecz zamawiającego PKP PLK podając jako datę zakończenia dostawy dzień 26 stycznia 2017 r. (str. 49 oferty). Dokumenty referencyjne dla tego wykazu, jak wynika z kolejnej kolumny wykazu, zostały zawarte od str. 50 do 76 oferty.

Zawarte na tych stronach protokoły odbioru techniczno-jakościowego - sporządzone w dniu 26 stycznia 2017 r. (protokół odbioru pojazdu o numerze 06/2016 został podpisany w dniu 27 stycznia 2017 r.) zawierają w pkt 1.6 informację dotyczącą dopuszczenia na czas nieokreślony każdego z pojazdów będących przedmiotem dostawy. W każdym z pięciu protokołów podano ten sam nr zezwolenia, a mianowicie nr PL 54 2017 0010, mimo że każdy z protokołów dotyczy innego pojazdu.

- pierwszy protokół wskazuje na numer pojazdu VIN VF 640K867GB000476 nr fabryczny 04/2016,
- drugi protokół wskazuje na numer pojazdu VIN VF 640K862GB000479, nr fabryczny 05/2016,
- trzeci protokół wskazuje na numer pojazdu VIN VF 640K863GB000491, nr fabryczny 06/2016,
- czwarty protokół wskazuje na numer pojazdu VIN VF 640K861GB000487, nr fabryczny 07/2016,
- piąty protokół wskazuje na numer pojazdu VIN VF 640K868GB000485, nr fabryczny 08/2016.

Odwołujący zaznaczył, że jak wynika z pozyskanej ze strony internetowej UTK listy zezwoleń oraz z samej treści powyższych zezwoleń, tylko zezwolenie o nr PL 54 2017 0010 zostało wydane przez UTK w dniu 25 stycznia 2017 r., a zatem na dzień przed datą sporządzenia powołanych wyżej protokołów uwidocznioną na każdym z nich. Zezwolenie to wydane zostało na nr fabryczny 04/2016 r., co wynika z samej treści protokołu.

Zezwolenia na kolejno dostarczane pojazdy o numerach fabrycznych - 05/2016, 06/2016, 07/2016 oraz 08/2016 zostały wydane w dniu 1 lutego 2017 r., tj. po dacie wskazanej w wykazie dostaw jako data wykonania. Dowodem na powyższe stwierdzenie są zamieszczone na liście zezwoleń Prezesa UTK numery zezwoleń odpowiadające tym dostawom - tzn.

- nr PL 54 2017 0017 dla numeru fabrycznego 05,
- nr PL 54 2017 0018 dla numeru fabrycznego 06,
- nr PL 54 2017 0019 dla numeru fabrycznego 07,
- nr PL 54 2017 0020 dla numeru fabrycznego 08.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie wskazane wyżej zezwolenia zostały wydane w dniu 1 lutego 2017 r.

Powyższe fakty niezbieżnie dowodzą, w opinii odwołującego, że przedstawione przez S. s. informacje są nieprawdziwe i zostały przedstawione w celu przeprowadzenia dowodu zrealizowania dostaw w terminie.

Nie bez znaczenia jest także, zdaniem odwołującego, fakt, że w ramach wcześniejszej umowy nr 60/007/0001/16/Z/I z dnia 18 stycznia 2016 r. zawartej przez SaZ s.r.o. z zamawiającym PKP PLK, wykonawca był zobowiązany do zrealizowania dostaw do dnia 13 listopada 2016 r. zgodnie ze złożoną przez niego ofertą. Umowa powyższa została zmieniona aneksem nr 1 z dnia 3 stycznia 2017 r., a zatem 1,5 miesiąca po upływie terminu jej realizacji. Nie można zatem, w ocenie odwołującego, mówić o należyтым wykonaniu poprzedniej umowy, skoro nawet w dacie jej realizacji żaden z pojazdów nie został dostarczony zamawiającemu.

Dodatkowo, istotnym jest, zdaniem odwołującego, fakt, że cena za wykonanie przez S. s. wcześniejszej umowy na dostawę 5 pojazdów szynowo-drogowych (nr 60/007/0001/16/Z/I z dnia 18 stycznia 2016 r.) wynosiła 4 695 000,00 zł netto. Opis Przedmiotu Zamówienia dla obecnego przetargu zlikwidował wymóg techniczny zawarty w poprzednim postępowaniu odnośnie możliwości użytkowania pojazdu na torach o dwóch szerokościach 1435mm i 1520mm, pozostawiając wymóg jazdy jedynie po torze o szerokości 1435mm dla aktualnego postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że pomimo uproszczenia wymogów technicznych w stosunku do pojazdów oraz poniesienia przez S. s. kosztów uzyskania Zezwolenia już w ramach poprzedniej umowy, cena w obecnym przetargu wzrosła o ponad 26% do kwoty 5 945 000,00 zł netto. Tak znaczący wzrost nie może być, w ocenie odwołującego, usprawiedliwiony wzrostem cen materiałów i usług, a jedynie wiedzą, że tak sformułowany przetarg umożliwia złożenie oferty wyłącznie

S. s. Odwołujący zaznaczył, że w obu postępowaniach zaoferowany został przez S s. ten sam typ pojazdu, czyli U-S.

Odwołujący stwierdził, że w powyższych okolicznościach zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty firmy S. s. z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na ocenę posiadanego doświadczenia, a tym samym ziszczenie się przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz z uwagi na fakt niewykonania w terminie zawartej z zamawiającym poprzedniej umowy dostawy, czyli z uwagi na fakt niespełnienia wymaganego postanowieniami SIWZ warunku doświadczenia.

Jednocześnie odwołujący wniósł ewentualnie o unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, że w jego trakcie doszło to naruszenia przepisów, które mają wpływ na jego wynik. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający dokonując nieuprawnionej i sprzecznej z poprzednim jego stanowiskiem wykładni specyfikacji spowodował odrzucenie oferty odwołującego, która to oferta winna być uznana za najkorzystniejszą, i to odwołującemu, a nie S. s. winno być udzielone przedmiotowe zamówienie. Odwołujący podkreślił, że ustawodawca w ustawie Pzp nie dopuszcza zmiany SIWZ po upływie terminu składania ofert, a działanie zamawiającego przedstawione w punktach powyżej prowadzi właśnie do takiej zmiany. Narusza to podstawową zasadę przejrzystości i konkurencyjności postępowania i prowadzi do nieuprawnionej zmiany jego wyniku. W tych okolicznościach, zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. Odwołujący zadeklarował, że będzie występował z wnioskiem o dokonanie takiej czynności przez Prezesa w przypadku zawarcia takiej umowy z S. s.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty uznanej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez S. s. oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ewentualnie, w przypadku gdyby Izba uznała, że zarzut wadliwego odrzucenia oferty/wykluczenia odwołującego nie potwierdził się, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł ponadto o:

- przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania wskazanej w odwołaniu oraz

z załączonych do odwołania załączników,

- zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia umowy nr 60/007/0001/16/Z/I z dnia 18 stycznia 2016 r. zawartej przez S. s. z zamawiającym PKP PLK oraz aneksu nr 1 do tej umowy, a także dokumentacji odbiorowej dotyczącej wykonania tej umowy i przeprowadzenie dowodu z tej dokumentacji na okoliczność niewykonania przez S. s. umowy w terminie i złożenia w ofercie oświadczenia niezgodnego ze stanem faktycznym.

W toku postępowania strony podtrzymały swe stanowiska.

Izba ustaliła, że oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyło dwóch wykonawców:

- C. T. Sp. z o.o. z ceną netto 5 798 369,00 PLN,
- S. s. z ceną netto 5 945 000,00 PLN.

Pismem z dnia 15 maja 2017 r. zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez S. s. jako najkorzystniejszej. Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczył z postępowania wykonawcę C. T. Sp. z o.o. wskazując, że wykonawca ten wykazał się dostawą pięciu sztuk pojazdów UNIMOG U423, na które uzyskał Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu nr: PL 59 2017 0022 z dnia 1 marca 2017 r. wystawione na pojazd szynowo-drogowy typu UNIMOG U423 przeznaczony do wykonywania pracy manewrowej na bocznicach kolejowych z prędkością $V \leq 25$ km/h, co nie spełnia postawionego przez zamawiającego w pkt. 8.5.1 SIWZ warunku dotyczącego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert złożonych przez C. T. Sp. z o.o. i S. s., treść pisma C. Sp. z o.o. z dnia 2 maja 2017 r. wraz z załącznikami, treść pisma C. Sp. z o.o. z dnia 8 maja 2017 r., treść zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 maja 2017 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji

ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego w związku z błędnym zastosowaniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez ustalenie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia.

Izba stwierdziła, że w dniu 17 marca 2017 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o zmianę treści warunku udziału w postępowaniu ustanowionego w pkt 8.5.1. SIWZ w brzmieniu:

„Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował należycie dostawy odpowiadające swoim rodzajem pojazdom szynowo-drogowym, przy czym za takie dostawy Zamawiający uzna dostawy polegające na dostarczeniu co najmniej 3 pojazdów szynowo-drogowych (podać typ/typy) z możliwością jazdy po torach o szerokości 1435 mm, na które uzyskał dokumenty (tj. zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu lub świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego) dopuszczające powyższe pojazdy do ruchu bez jakichkolwiek ograniczeń po liniach kolejowych na terenie Polski”

w następujący sposób:

„Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował należycie dostawy odpowiadające swoim rodzajem pojazdom szynowo-drogowym, przy czym za takie dostawy Zamawiający uzna dostawy polegające na dostarczeniu co najmniej 3 pojazdów szynowo-drogowych (podać typ/typy) z możliwością jazdy po torach o szerokości 1435 mm, na które uzyskał dokumenty (tj. zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu lub świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego) dopuszczające powyższe pojazdy do ruchu na terenie Polski”.

Zamawiający pismem z dnia 22 marca 2017 r. dokonał zmiany treści pkt 8.5.1 SIWZ, który otrzymał brzmienie:

„Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował należycie dostawy odpowiadające swoim rodzajem pojazdom szynowo-drogowym, przy czym za takie dostawy Zamawiający uzna dostawy polegające na dostarczeniu co najmniej 3 pojazdów szynowo-drogowych (podać typ/typy) z możliwością jazdy po torach o szerokości 1435 mm, na które uzyskał dokumenty (tj. zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu lub świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego) dopuszczające powyższe pojazdy do ruchu po liniach kolejowych na terenie Polski”.

Nie ulega zatem wątpliwości, że na skutek wniosku odwołującego zamawiający zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu zawarty w pkt 8.5.1 SIWZ, pozostawiając jednak wymóg zrealizowania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem pojazdom szynowo-drogowym, na które wykonawca uzyskał dokumenty dopuszczające pojazd do ruchu po liniach kolejowych na terenie Polski. Zmiana treści SIWZ nie czyniła w pełni zadość wnioskowi odwołującego, jednak nie została przez odwołującego zakwestionowana. Odwołujący nie wniósł odwołania wobec treści SIWZ w zakresie postawionego przez zamawiającego warunku na stosownym etapie postępowania (w terminie określonym w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp). Kwestionowanie treści warunku na obecnym etapie postępowania jest działaniem spóźnionym.

Izba nie stwierdziła, wbrew stanowisku odwołującego, dokonania przez zamawiającego zmiany SIWZ po terminie składania ofert. Ocena spełniania przez odwołującego warunku doświadczenia została dokonana zgodnie z brzmieniem warunku ustanowionym modyfikacją SIWZ z dnia 22 marca 2017 r.

Izba zważyła, że złożone przez odwołującego wraz z pismem z dnia 2 maja 2017 r. Świadectwo nr PL 59 2017 0022 dopuszczenia do eksploatacji typu z dnia 1 marca 2017 r. dotyczy pojazdu szynowo-drogowego typu UNIMOG U423 przeznaczonego do wykonywania pracy manewrowej na bocznicach kolejowych z prędkością $V \leq 25$ km/h. Ustawa o transporcie kolejowym w art. 4 definiuje bocznicę kolejową jako wyznaczoną przez zarządcę infrastruktury drogę kolejową, połączoną bezpośrednio lub pośrednio z linią kolejową, służącą do wykonywania czynności ładunkowych, utrzymaniowych lub postoju pojazdów kolejowych albo przemieszczania i włączania pojazdów kolejowych do ruchu po sieci kolejowej (art. 4 pkt 10). Linia kolejowa została zdefiniowana w art. 4 pkt 2 ww. ustawy jako wyznaczona przez zarządcę infrastruktury droga kolejowa przystosowana do prowadzenie

ruchu pociągów. Ustawodawca jednoznacznie rozróżnił ww. pojęcia, a co za tym idzie, brak jest podstaw do uznania, że złożone przez odwołującego Świadcstwo spełnia wymagania określone przez zamawiającego w warunku. Powyższe potwierdza pismo Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 5 czerwca 2017 r. złożone przez zamawiającego. Tym samym, Izba stwierdziła, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty była prawidłowa.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji odwołującego odnoszącej się do braku możliwości spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku dotyczącego doświadczenia przez innego wykonawcę niż S. s. Argumentacja w powyższym zakresie mogłaby stać się przedmiotem rozważań na wcześniejszym etapie postępowania, tj. na etapie, kiedy można było kwestionować treść postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano powyżej, termin na podniesienie zarzutów wobec treści SIWZ minął. Wobec nie zaskarżenia przez wykonawców treści warunku udziału w postępowaniu, postanowienia SIWZ w tym zakresie są wiążące dla stron postępowania oraz Izby.

Z uwagi na powyższe, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp przez faktyczne dokonanie zmiany SIWZ po upływie terminu składania ofert.

Mając powyższe na uwadze, za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez niewykluczenie wykonawcy S. s., który przedstawił w postępowaniu nieprawdziwe informacje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, że zamawiający złożył oświadczenie co do przebiegu realizacji zamówienia, na którego wykonanie powołał się wykonawca S. s. wykazując, że posiadał pełną wiedzę co do sposobu realizacji spornego zamówienia. Zamawiający oświadczył również, że uznaje, że zamówienie to zostało wykonane należyście, nigdy nie zgłaszał zastrzeżeń co do wykonania umowy, nigdy nie naliczył też kar umownych, co potwierdza treść protokołów odbioru techniczno-jakościowego. Z uwagi na powyższe, brak jest podstaw do stwierdzenia, że S. s. wprowadziła zamawiającego w błąd co do terminu realizacji umowy czy też co do oceny jej wykonania, a to właśnie wprowadzenie zamawiającego w błąd stanowi podstawę naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Nie może być mowy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, skoro zamawiający był stroną umowy i posiadał pełną

wiedzę zarówno o przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i o sposobie wykonania umowy. Brak jest też podstaw do stwierdzenia przez Izbę, że umowa została wykonana nienależycie, skoro zamawiający, jako beneficjent świadczenia, temu zaprzecza. Co do wskazania przez S. s. dnia 26 stycznia 2017 r. jako daty zakończenia realizacji zamówienia Izba stwierdziła, że uchybienie w tym zakresie w obecnym stanie faktycznym pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Z uwagi na powyższe, nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 przez niedokonanie odrzucenia oferty S. s. oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania mimo wystąpienia przesłanek wskazanych w tym przepisie powodujących, że umowa może podlegać unieważnieniu na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący oparł przedmiotowy zarzut na twierdzeniu o nieuprawnionej i sprzecznej z poprzednim stanowiskiem wykładni treści SIWZ przez zamawiającego i zmianie SIWZ po upływie terminu składania ofert. Jak wyżej wskazano, Izba nie stwierdziła dokonania przez zamawiającego wykładni SIWZ nieuprawnionej i sprzecznej z poprzednim jego stanowiskiem, nie stwierdziła zmiany przez zamawiającego SIWZ po upływie terminu składania ofert, a zatem przedmiotowy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: