

**WYROK**  
z dnia 30 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz**  
**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego „**Koleje Mazowieckie-KM**” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa protestu z dnia 24 listopada 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje unieważnienie wykluczenia z postępowania Odwołującego i nakazuje Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, w stosunku do Odwołującego, wyjaśnienie rozbieżności, pomiędzy poz.1 Wykazu wykonanych napraw głównych z modernizacją EZT, uzupełnionego pismem z dnia 30.10.2008r. a załączoną do tego Wykazu referencją z dnia 29.10.2008r. L.dz. PBU1 c-621-128/08, wystawioną przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Biuro Utrzymania Taboru w Poznaniu.**

2. Kosztami postępowania obciąża „**Koleje Mazowieckie-KM**” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez „**Koleje Mazowieckie-KM**” Sp. z o.o., ul. **Lubelska 1, 03-802 Warszawa** na rzecz **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz**.

### **Uzasadnienie**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: 2008/S 177-236350 z dn. 12.09.2008r.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego - postępowanie nr MER1-224-49/2008, na naprawę taboru kolejowego (wykonanie 60 napraw okresowych elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN 57 z modernizacją) -na 10 zadań.

Zamawiającym są "Koleje Mazowieckie-KM" Spółka z o.o. ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa zwanym dalej "Zamawiającym"

W dniu 19.11.2008r. Zamawiający zawiadomił oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu z postępowania NEWAG S.A. w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz zwany dalej "Odwołującym" .

W dniu 26 listopad 2008 roku Odwołujący wniósł protest w zakresie zadań 7 i 9 .

W dniu 05.12.2008r. Zamawiający doręczył Odwołującemu rozstrzygnięcie protestu.

W dniu 12 grudnia 2008r. Odwołujący złożył odwołanie od oddalenia protestu, na podstawie art. 184 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (i.t. Dz. U. 2007 r. Nr 223 poz. 1655 , zm. 2008r. Nr 171 poz.1058) zwanej dalej "ustawą"

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 ustawy, poprzez bezzasadne wykluczenie Wykonawcy z postępowania i wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. w Mińsku Mazowieckim zwanych dalej "Wykonawcą wybranym" oraz o powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty dot. zadania nr 7 i nr 9 postępowania.

Wykluczenie nastąpiło z powodu nie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, tj. warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, o których mowa w Rozdziale VI ust. 2 pkt. 2 ppkt. b) SIWZ.

W ocenie składającego odwołanie, w uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający wskazał te same przyczyny, które przedstawione zostały w piśmie z dnia 19.11.2008r., bez jakiegokolwiek odniesienia do zarzutów i argumentów przedstawionych w treści protestu.

Zgodnie ze wskazanym postanowieniem SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni wykazać wykonanie co najmniej jednej naprawy głównej z modernizacją ezt na kwotę nie mniejszą niż 2 mln zł w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Tymczasem, zdaniem Odwołującego, warunek ten został spełniony, zaś stosowne dokumenty, potwierdzające tę okoliczność, zostały Zamawiającemu przedłożone, w szczególności zaś Odwołujący przedłożył Zamawiającemu stosowny wykaz wykonanych usług.

W wykazie wyszczególniono 18 modernizacji ezt en 57 (na rzecz PKP Przewozy Regionalne sp. z o.o. - pkt. 1 tabeli) oraz jedną dostawę ezt en 57 po wykonanej naprawie głównej z

modernizacją. Wraz z wykazem Wykonawca przedłożył referencje zamawiających. Wykonawca przyznaje, iż w pkt. 1 tabeli Wykonawca użył sformułowania wyłącznie "modernizacja", nie zaś "naprawa główna z modernizacją" (odnośnie 18 ezt en 57 na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o.). Jednakże brak w tej pozycji tabeli sformułowania "naprawa główna z modernizacją" (a jedynie "modernizacja") nie powinien skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Z samego tytułu tabeli ("Wykaz wykonanych napraw głównych z modernizacją ezt") wynikało jednoznacznie, iż jest to wykaz napraw głównych z modernizacją ezt, nie zaś samych modernizacji ezt. Dodatkowo Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający nie wskazał szczegółowego sposobu wypełnienia tabeli, a wymagał jedynie, aby przedstawić w niej wykaz usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom będącym przedmiotem zamówienia. W szczególności zaś Zamawiający nie wymagał, aby w tabeli wskazać szczegółowy zakres realizowanych usług. Z tego też względu, w ocenie Odwołującego, wskazanie w tej tabeli "modernizacji" było wystarczającym, dla uznania spełnienia wymogu określonego w SIWZ.

Otóż Zamawiający, wymagał od wykonawców by wskazali, czy przedstawiają wykaz napraw głównych z modernizacją ezt czy też napraw rewizyjnych z ezt -poprzez dokonanie odpowiednich skreśleń w tytule tabeli.

Instrukcję tę Wykonawca wykonał, dokonał stosowne skreślenia w tytule tabeli, przez co posiadał uprawnione przeświadczenie, iż już poprzez samo odpowiednie skreślenie tytułu tabeli, jak również wpisanie o do nich usług wraz z ich wartością, spełnia opisywany wymóg.

Spełnienie przez Odwołującego określonych w SIWZ wymogów potwierdziły dodatkowo przedstawione referencje.

W ich treści opisano jednoznacznie, iż Wykonawca wykonał naprawę główną z modernizacją.

Odwołujący uważa, iż dokumenty te winny być oceniane przez Zamawiającego łącznie.

Odwołujący dodatkowo wyjaśnia, iż użycie przez niego w pkt. 1 tabeli wyłącznie wyrazu "modernizacja" wynikało z tego., iż w zakres tejże modernizacji wchodziło również wykonanie naprawy głównej.

Tę właśnie okoliczność potwierdziła referencja, wskazując jednoznacznie, iż Wykonawca wykonał modernizację wraz z naprawą główną.

Z tego też względu nietrafny jest zarzut Zamawiającego, podniesiony w rozstrzygnięciu protestu, iż referencja jest rozbieżna z wykazem, a w związku z tym, jak również w związku z wyrokiem KIO (z 17.01.1998r., KIO/UZP 58107) wykluczenie Wykonawcy nastąpiło zgodnie przepisami.

Otóż Odwołujący stwierdza, iż pomiędzy treścią referencji a wykazem nie istnieje jakakolwiek rozbieżność, poza językową.

Na dowód powyższych twierdzeń Odwołujący przedkłada Umowę nr RUII SPOT/7/2005 z dnia 06.12.2005r. (dotycząca przedstawionego wykazu i referencji) oraz dotyczącą napraw głównych Instrukcję Mt-32. Porównanie zapisów załącznika 2A do Umowy, przepisów Instrukcji w zakresie napraw głównych ezt wskazuje jednoznacznie, iż w ramach modernizacji wykonana została przez Wykonawcę również naprawa główna. Co więcej, z samej treści Umowy wynika, iż w „zakres wykonanej przez (...) Wykonawcę modernizacji wchodziły prace zgodne z naprawą główną (§ 3 ust. 15 Umowy).”

Odwołujący podnosi również, iż w swym piśmie z dnia 30.10.2008r. (złożonym na skutek wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą) Odwołujący wyraźnie i jednoznacznie oświadczył, iż załączany wykaz dotyczy wykonanych przez Wykonawcę napraw głównych z modernizacją ezt.

Stwierdzić zatem należy, iż Odwołujący wykazał Zamawiającemu, iż w okresie trzech lat poprzedzających postępowanie wykonał 18 napraw głównych z modernizacją ezt o wartości ponad 2 mln zł każda, zatem spełnił stawiane przez SIWZ wymogi. Mając na uwadze fakt, iż Wykonawca został bezpodstawnie wykluczony z postępowania, jak również, iż jego oferta, zgodnie z przyjętymi w postępowaniu kryteriami, winna otrzymać najwyższą ocenę, bezzasadne było dokonanie wyboru oferty Wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej. Okoliczność ta wskazuje również na posiadanie przez Odwołującego interesu prawnego we wniesieniu niniejszego odwołania. Mając na uwadze powyższe - odwołanie jest zasadne i powinno zostać uwzględnione.

W złożonym w dniu 26.11.2008r. proteście Odwołujący oprotestował wykluczenie z postępowania oraz wybór najkorzystniejszej oferty, wnosząc o unieważnienie powyższych czynności.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący dodatkowo stwierdził, podążając przyjętym przez Zamawiającego rygoryzmem formalnym dotyczącym oceny ofert, iż zdaniem Wykonawcy również złożona w zadaniu 7 i 9 oferta Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. nie spełnia określonych SIWZ wymogów. Przedłożone bowiem przez tego wykonawcę dokumenty, tj. wykazu wykonanych napraw, w żaden sposób nie wskazują, iż którakolwiek z napraw głównych modernizacją osiągnęła wymaganą przez Zamawiającego wartość 2 mln złotych. Jest tak z tego względu, iż przedstawione przez ZNTK "Mińsk Mazowiecki" wartości są sumą kilku różnych rodzajów napraw. I tak np. w pkt. 2 i 3 tabeli "Wykaz wykonanych napraw głównych modernizacją" -wskazano 3 naprawy główne z modernizacją oraz 25 modernizacji, podając wartość sumaryczną wszystkich 28 napraw na kwotę 49.855.262,24 zł. Podobnie rzecz się ma odnośnie usług wskazanych w pkt. 4 i 5 oraz

w pkt. 6,7 i 8. Z wartości tych zaś nie wynika, aby którakolwiek z jednostkowych napraw głównych z modernizacją osiągnęła wartość 2 mln złotych.

W dniu 05 grudnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, oddalając go w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający oświadczył, że w celu potwierdzenia spełnienia postawionego warunku Zamawiający zażądał dla zadań 6-10 wykazania wykonania, co najmniej jednej naprawy głównej z modernizacją elektrycznego zespołu trakcyjnego (ezt) na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Dokumenty załączone przez Protestującego do ofert na zadanie nr 7 oraz na zadanie nr 9 nie potwierdziły, że warunek postawiony przez Zamawiającego został spełniony. W związku z tym Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazując, że z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że warunek ten został spełniony, ponieważ w wykazie wykonanych napraw głównych z modernizacją ezt w :

- poz. 1 -wskazana całkowita wartość netto 1 520 000,00 zł za wykonanie jednej naprawy głównej z modernizacją ezt jest mniejsza aniżeli wymagana przez Zamawiającego,
- poz. 2 -4 -wskazany rodzaj zamówienia nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego tj. wykonania naprawy głównej z modernizacją ezt,
- poz. 5 -wskazana całkowita wartość netto 8 400 000,00 zł jest wartością dostawy w formie leasingu dwóch elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN 57 1109, 1173 po wykonanej naprawie głównej z modernizacją.

Z załączonego wykazu i referencji nie wynika, że wartość jednej z wykonanych napraw głównych z modernizacją była nie mniejsza niż 2 000 000,00 zł, a zatem warunek postawiony przez Zamawiającego nie został spełniony.

Zamawiający dokładnie wskazał Wykonawcy zastrzeżenia dotyczące złożonych dokumentów i pouczył, iż Wykonawca winien przedłożyć dokument, z którego jednoznacznie wynikać będzie, że spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego tj. że wykonał co najmniej jedną naprawę główną z modernizacją ezt na kwotę nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł.

Dokumenty, które zostały złożone na wezwanie Zamawiającego również nie potwierdziły spełnienia warunku. Wykonawca w nadesłanym wykazie wykonanych napraw głównych z modernizacją ezt wskazał wykonanie modernizacji 18 szt. ezt EN 57, a w nadesłanej referencji wskazane jest wykonanie 18 napraw głównych z modernizacją. Złożony wykaz nie

potwierdza zatem wykonania naprawy głównej wraz z modernizacją na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł. Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 stycznia 2008r. sygn. akt KIOIUZP 58/07 w przypadku "gdy referencja zawiera zakres wykonanego zamówienia, nie może być on rozbieżny z oświadczeniem złożonym w wykazie". Treść powyższej referencji stoi również w sprzeczności z treścią referencji złożonej wraz z ofertą. W obu referencjach, PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. powołuje się na tę samą umowę, przy czym z referencji z dnia 14 lipca 2006r. (dołączonej do oferty) wynika, że Wykonawca wykonał tylko modernizację w dwóch EZT, natomiast z referencji z dnia 29 października 2008r. wynika wykonanie 18 napraw głównych wraz z modernizacją. W złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazie, Protestujący Wykonawca wskazał również dostawę w formie leasingu ezr po wykonanych naprawach głównych na kwotę 10 248 000,00 zł. Załączone referencje wskazują wartość sprzedaży ezr po wykonanych naprawach głównych z modernizacją, nie wskazują natomiast wartości wykonanych napraw głównych z modernizacją.

W związku z powyższym Zamawiający nie ma podstaw do uznania, że Protestujący spełnia postawiony warunek w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i na podstawie art. 24 ust 10 ustawy pzp wykluczył Odwołującego z prowadzonego postępowania. W ocenie Zamawiającego, wykluczenie Odwołującego odbyło się zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Odwołujący nie wykazał spełnienia postawionego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut Odwołującego dotyczący czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej na zadanie nr 7 i zadanie nr 9 przez Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. Zamawiający również uważa za bezzasadny. W wykazie załączonym do oferty na zadanie nr 7 i zadanie nr 9, Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. w pozycji 6, 7, 8 wykazały wykonanie czterech napraw głównych z modernizacją na kwotę łączną 17.117.000,00 zł. Oczywistym jest zatem, iż przy takiej kwocie, co najmniej jedna z czterech napraw głównych z modernizacją ezr, musiała mieć wartość nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł. Zatem Wykonawca, którego oferta została wybrana, spełnił warunek postawiony przez Zamawiającego w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Zamawiający rozstrzygnął protest jak na wstępie.

Do postępowania protestacyjnego pismem z dnia 01.12.2008r. przystąpił Wykonawca wybrany, który pismem z dnia 23.12.2008r. przystąpił również do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie unieważnienia wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy wyjaśnienia rozbieżności, pomiędzy poz.1 Wykazu wykonanych napraw głównych z modernizacją ezt, uzupełnionego pismem z dnia 30.10.2008r. i załączonej do tego Wykazu referencji z dnia 29.10.2008r. L.dz. PBU1 c-621-128/08, wystawionej przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Biuro Utrzymania Taboru w Poznaniu.

Skład orzekający Izby postanowił o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym, na podstawie art. 184 ust. 2 ustawy, Przystępującego po stronie Zamawiającego, to jest Wykonawcy wybranego, który wykazał interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jako oferent, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przy jednym kryterium ceny.

Skład orzekający Izby nie stwierdził spełnienia przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art.187 ust.4 ustawy.

Odwołujący również wykazał interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, to jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu obowiązującego, w przedmiotowym postępowaniu, jedyne kryterium ceny.

Skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Zamawiający, pismem z dnia 19.11.2008r. wykluczył z postępowania Odwołującego z powodu nie wykazania odpowiedniego doświadczenia w zakresie wykonanych napraw głównych z modernizacją elektrycznego zestawu trakcyjnego (ezt).

Zamawiający, pismem z dnia 28.10.2008r., w trybie art.26 ust. 3 ustawy, wezwał do przedłożenia dokumentu, z którego będzie wynikać spełnienie warunku wykonania co najmniej jednej naprawy głównej z modernizacją na kwotę nie mniejszą niż 2 mln zł.

Wezwanie dotyczyło przedłożenia Wykazu napraw głównych z modernizacją wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania nastąpiło pomimo uzupełnienia Wykazu przy piśmie z dnia 30.10.2008r. i doręczenia nowego dokumentu referencyjnego to jest referencji z dnia 29.10.2008r. L.dz. PBU1 c-621-128/08, wystawionej przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Biuro Utrzymania Taboru w Poznaniu.



Z uzupełnionego wykazu wynika, że Odwołujący wykonał :

- w poz.1 Modernizację EZT EN 57 18 szt. na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o.,
- w poz. 2 dostawa w formie leasingu EZT EN 57 – 1109. 1173 po wykonanej naprawie głównej z modernizacją na rzecz PKO Leasing i Finanse S.A. ( BPH leasing S.A.).

Do poz. 1 Odwołujący załączył referencję z dnia 29.10.2008r. L.dz. PBU1 c-621-128/08, wystawioną przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Biuro Utrzymania Taboru w Poznaniu.

Z przedłożonej referencji wynika, że Odwołujący wykonał 18 napraw głównych z modernizacją pojazdów EZT EN 75 w ramach umowy RUII SPOT/07/2005. Wartość wykonanych napraw głównych z modernizacją EZT EN 57 wyniosła 39.517.020,00 zł to jest 2.195.390,00 zł za jedną naprawę główną z modernizacją.

Do poz. 2 Odwołujący przedstawił referencję z dnia 29.10.2008r. wystawioną przez Pekao LEASING z siedzibą w Krakowie, z której wynikało, że Odwołujący dostarczył dwie sztuki Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych EN 57 o nr 1109 i 1173, po wykonanych naprawach głównych z modernizacją. Wartość sprzedaży EZT EN 57 po wykonanych naprawach głównych z modernizacją wyniosła 10.248.000,00 zł to jest po 2.124.000,00 zł za sprzedaż jednej sztuki EZT EN 57 po wykonanej naprawie głównej z modernizacją.

W ocenie Zamawiającego, żadna z pozycji wymienionych w uzupełnionym Wykazie nie potwierdzała wykonania co najmniej jednej usługi o wartości 2 mln zł.

Usługa wymieniona w pozycji 1 Wykazu dotyczyła modernizacji bez naprawy głównej i w związku z tym pozostawała w sprzeczności z treścią referencji, z której wynikało wykonanie naprawy głównej i modernizacji (18 napraw głównych z modernizacją pojazdów EZT EN 57 za 2.195.380,00zł za jedną naprawę główną z modernizacją).

W pozycji 2 Wykazu wymieniono dostawę w formie leasingu po wykonanej naprawie głównej z modernizacją. Z Wykazu i załączonej referencji nie wynikało, jaką kwotę w dostawie leasingowej stanowią koszty naprawy głównej i modernizacji, a jaką pozycję w podanych wartościach stanowiły koszty samej dostawy (to jest bez naprawy głównej i modernizacji). Również z załączonej do Wykazu referencji nie wynikała kwota naprawy głównej i modernizacji, ponieważ Wystawca referencji podał łącznie wartość sprzedaży EZT EN 57 po wykonanych naprawach głównych i modernizacji bez wydzielenia kosztów napraw głównych z modernizacją.

Do postępowania odwoławczego Odwołujący załączył umowę wymienioną w referencji wystawionej przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. to jest RUII SPOT/07/2005 z szeregiem aneksów oraz załączając instrukcję Mt -32 Instrukcja o utrzymaniu elektrycznych i spalinowych pojazdów trakcyjnych podnosząc, że przedmiot umowy obejmował naprawy główne z modernizacją, przywołując § 3 ust.15 umowy o treści „Zamawiający wymaga umieszczenia na pojeździe napisów tak jak dla naprawy głównej, gdyż zakres wykonanej modernizacji elektrycznego zespołu trakcyjnego jest według Zamawiającego równoważny zakresowi naprawy głównej.”

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Zamawiającego, powyżej przywołany zapis nie może dowodzić, że usługi wykonane w ramach umowy RUII SPOT/07/2005 są naprawami głównymi z modernizacją, w szczególności w ramach przywołanej w odwołaniu instrukcji Mt-32. Zamawiający jest skłonny je zakwalifikować częściowo jako naprawy rewizyjne, a częściowo jako naprawy główne.

Dla przykładu, w czasie rozprawy pełnomocnik Zamawiającego podał rozbieżność pomiędzy zapisem instrukcji Mt -32, a zał. Nr 2 A do umowy RUII SPOT/07/2005 odnoszącej się do wózków, gdzie w Instrukcji przewiduje się rozmontowanie, oczyszczenie wszystkich elementów z brudu i korozji ( § 2 ust.1 Instrukcji o treści „ Wózek rozmontować, wszystkie elementy oczyścić z brudu i korozji.”), a w umowie w części II odnoszącej się do wózków (zał. nr 2 A) nie ma tych czynności.

Według wiedzy Zamawiającego dyskwalifikuje ta przykładowo podana rozbieżność usługi wykonywane w ramach umowy RUII SPOT/07/2005 jako wchodzące w zakres naprawy głównej i modernizacji, czyli usługi te nie mogą świadczyć o spełnieniu warunku doświadczenia zawodowego wymaganego w SIWZ.

Natomiast Zamawiający nie zwrócił uwagi na zapis części XII Uwagi ogólne zał. nr 2 A do umowy RUII SPOT/07/2005, gdzie znajduje się zapis między innymi o treści :

„W trakcie wykonywanej modernizacji elektrycznego zespołu trakcyjnego niezależnie od czynności opisanych powyżej należy wykonać :

- Demontaż maszyn, urządzeń, zespołów, podzespołów i elementów,
- Oczyszczanie z brudu, smaru i korozji.”

Zamieszczony tej treści zapis w części XII zał. nr 2A, regulujący obowiązki wykonawcy, podważył w ocenie Izby wiarygodność twierdzenia Zamawiającego o braku zbieżności czynności wynikających z Instrukcji Mt-32, z czynnościami wynikającymi z zał. nr 2 a do

umowy RUII SPOT/07/2005, a służącymi do potwierdzenia wykonywania przez Odwołującego napraw głównych.

Skład orzekający Izby nie uzyskał odpowiedzi na zadane na rozprawie pytanie przez Arbitra, a dotyczące wskazania definicji w SIWZ napraw głównej.

Natomiast skład orzekający Izby ustalił, że definicja „Modernizacji” zamieszczona w tzw. słowniczku SIWZ, ma znaczeniowo węższy zakres w stosunku do brzmienia definicji „Modernizacji”, zamieszczonej w umowie RUII SPOT/07/2005.

Zgodnie z pkt 8 słowniczka SIWZ przez „Modernizację” należy rozumieć „modyfikacje wybranych cech techniczno – eksploatacyjnych lub użytkowych etz wg specjalnie opracowanej dokumentacji wprowadzonej w trakcie naprawy okresowej poprzez zmiany konstrukcyjne mające na celu podwyższenie standardu technicznego i walorów użytkowych.” Przy czym w słowniczku SIWZ mieści się definicja w pkt 6 „naprawy okresowej”, zdefiniowanej jako – „naprawa wykonywana cyklicznie ( rewizyjna lub główna) mająca na celu przywrócenie właściwego stanu technicznego pojazdu szynowego.

Zgodnie z § 1 ust. 1 lit a umowy RUII SPOT/07/2005 „Ilekoć jest mowa w dalszej części umowy o : Modernizacji – należy przez to rozumieć modyfikacje wybranych cech techniczno – eksploatacyjnych lub użytkowych przez zmiany konstrukcyjne, wg specjalnie opracowanej dokumentacji, a mającą na celu podniesienie standardu technicznego i walorów użytkowych oraz wymianę lub naprawę uszkodzonych i zużytych pozostałych elementów na nowe lub zregenerowane dla uzyskania pierwotnych parametrów techniczno – eksploatacyjnych pojazdu”

Skład orzekający Izby ustalił również, że z treści Instrukcji o utrzymaniu elektrycznych i spalinowych pojazdów trakcyjnych Mt -32 wynika, że ma ona charakter ramowy (tytuł Załącznika nr 2 Ramowy zakres prac przy naprawach okresowych pojazdów trakcyjnych) to znaczy ogólny. Z powyższego charakteru Instrukcji wynika, że każdorazowy zakres prac jest określany w konkretnej umowie na wykonanie naprawy głównej, co również miało miejsce w przypadku umowy RUII SPOT/07/2005, poprzez określenie zakresu prac w Zał. nr 2 A do tejże umowy.

W związku z powyższym nie można czynić zarzutu Odwołującemu, że zakres prac w umowie RUII SPOT/07/2005 nie jest lustrzanym odbiciem prac przewidzianych w Instrukcji Mt -32.

Skład orzekający zważył co następuje.

W ocenie składu orzekającego Izby sam fakt, że w poz. 1 uzupełnionego Wykazu w dniu 30.10.2008r. Odwołujący zawarł sformułowanie „modernizacja”, nie może skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy jednocześnie w Referencji odnoszącej się do tej pozycji z Wykazu zamieszczono, że przedmiotem prac była „naprawa główna wraz z modernizacją”.

W ocenie Izby w takiej sytuacji Zamawiający, który otrzymał uzupełniony Wykaz i nowe referencje, w trybie art.26 ust.3 ustawy, powinien zwrócić się o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią referencji, a treścią pozycji Nr 1 uzupełnionego Wykazu, z kolei w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Wyjaśnienie powinno dotyczyć udzielenia przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie, czy aktualne jest sformułowanie wykonania tylko prac obejmujących „Modernizację” wobec stwierdzenia w Referencji, że przedmiotem prac była „naprawa główna wraz z modernizacją”.

Dopiero w sytuacji uzyskania odpowiedzi od Odwołującego, że prace wymienione w poz. nr 1 uzupełnionego Wykazu dotyczą tylko i wyłącznie „modernizacji”, a nie prac w zakresie „napraw głównych wraz z modernizacją”, należy uznać jako nieistniejącą i sprzeczną Referencję z dnia 29.10.2008r. L.dz. PBU1c-621-128/08, z treścią uzupełnionego Wykazu.

Powyższe wyjaśnienie należy uzyskać tym bardziej w świetle okoliczności, podnoszonych w proteście i w odwołaniu, z których wynika, że z uwagi na wymóg w tytule Wykazu określenia zakresu prac czy to do napraw rewizyjnych z modernizacją, czy to do napraw głównych z modernizacją, Odwołujący po pozostawieniu w tytule „napraw głównych z modernizacją ez” nie mając instrukcji jak należy wypełnić kolumnę w Wykazie o nazwie „rodzaj naprawy – zakres modernizacji” wpisał „modernizacja” zarówno w Wykazie załączonym do oferty, jak i w uzupełnionym Wykazie przy piśmie z dnia 30.10.2008r.

W ocenie składu orzekającego Izby za wezwaniem Odwołującego do wyjaśnienia treści poz. nr 1 uzupełnionego Wykazu w kontekście wystawionej Referencji PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. w dniu 29.10.2008r. przemawiają także okoliczności ustalone na podstawie przedstawionej w odwołaniu umowy RUII SPOT/07/2005 w tym zał, nr 2 A do umowy oraz Instrukcji ramowej Mt -32 .

Na podstawie ustaleń dokonanych przez Izbę, w oparciu o powyżej wymienione dokumenty, można z całą pewnością stwierdzić, na podstawie tychże dokumentów, że Odwołujący wykonał 18 napraw głównych z modernizacją pojazdów EZT EN 57 w ramach umowy RUII SPOT/07/2005.

W tym stanie rzeczy spełnione zostały przesłanki wezwania przez Zamawiającego, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących poz. nr 1 uzupełnionego Wykazu przesłanego Zamawiającemu, przy piśmie z dnia 30.10.2008r., w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

W ocenie składu orzekającego Izby nie podlega natomiast wyjaśnieniu, w trybie art.26 ust.4 ustawy, poz. nr 2 uzupełnionego Wykazu, skoro skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów to jest wykazu i referencji nadal istnieje niemożność sprawdzenia jaki jest udział w ogólnej sprzedaży ETZ EN 57 nr 1109 i 1173 kosztów naprawy głównej wraz z modernizacją, ponieważ zarówno w uzupełnionym Wykazie jak i nowo wystawionej Referencji z dnia 29.10.2008r. przez Pekao LEASING Kraków, nie podano tych kosztów, co umożliwiło by Zamawiającemu sprawdzenie spełnienia wymogu SIWZ.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku, stwierdzając naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z Rozdziałem VI ust.2 pkt 2 lit.b SIWZ, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, zasądzając koszty postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*