

Sygn. akt: KIO/UZP 1147/09

WYROK
z dnia 24 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Renata Tubisz

Andrzej Niwicki

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Stadler Bussnang AG, CH 956 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Mazowieckie reprezentowane przez „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa** protestu z dnia 17 lipca 2009 r.¹

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (lider), Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego ZNTK „Mińsk Mazowiecki” S.A. (partner), z siedzibą lidera konsorcjum, ul. Zygmunta Augusta 1, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Stadler Bussnang AG, CH 956 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Stadler Bussnang AG, CH 956 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Stadler Bussnang AG, CH 956 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4,** na rzecz **Województwa Mazowieckiego reprezentowanego przez „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Stadler Bussnang AG, CH 956 Bussnang, Szwajcaria, Industriestrasse 4.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 20 szt. nowych, czteroczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (nr zamówienia: MER4-45-15/2009), zostało wszczęte przez Województwo Mazowieckie reprezentowane przez „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawie zwanego dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 76-109578 w dniu 21.04.2009 r.

W dniu 09.07.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding (lider) oraz Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” SA (partner), ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz zwanej dalej: „Konsorcjum PESA” albo „Przystępującym”. Drugie miejsce w rankingu oceny ofert zajęła firma: Stadler Bussnang AG Industriestrasse 4, CH-9565 Bussnang, Szwajcaria zwana dalej: „STADLER” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”.

W dniu 17.07.2009 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst

jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” STADLER złożył protest na czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na naruszeniu:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania firmy PESA z powodu złożenia przez nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
3. art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty firmy Konsorcjum PESA jako wykonawcy wykluczonego z postępowania, ewentualnie:
4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez niewezwanie Konsorcjum PESA do uzupełnienia załączonego do oferty Konsorcjum PESA wykazu wykonanych dostaw lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w ww. wykazie,
5. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez niewezwanie Konsorcjum PESA do złożenia wyjaśnień co do treści załączonego do oferty Konsorcjum PESA wykazu wykonanych dostaw lub dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w ww. wykazie.

Protestujący wskazywał na posiadany interes prawny do wniesienia protestu, wynikający ze złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Poprzez wskazane powyżej działania i zaniechania Zamawiający naruszył określone w Pzp zasady udzielania zamówień publicznych, a tym samym doznał uszczerbku interes prawny Protestującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. W przypadku zawarcia umowy z Konsorcjum PESA Zamawiający naruszy art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, gdyż jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania.

W konsekwencji Protestujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
3. wykluczenie wykonawcy Konsorcjum PESA z postępowania oraz odrzućenie jego oferty,
4. wybór oferty STADLER jako oferty najkorzystniejszej,

Ewentualnie, Protestujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej oceny i badania ofert,
3. wezwanie wykonawcy Konsorcjum PESA do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw lub dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w ww. wykazie oraz udzielenia wyjaśnień co do treści wykazu wykonanych dostaw lub listu referencyjnego złożonego na potwierdzenie, że dostawy wymienione w wykazie dostaw zostały należycie

zrealizowane. Protestujący przedstawił następującą argumentację za obowiązkiem wykluczenia Konsorcjum PESA z postępowania.

Zarówno w ogłoszeniu, jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, Zamawiający zawarł warunek, zgodnie z którym wykonawcy, chcący wziąć udział w postępowaniu musieli wykazać się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia oraz udokumentowania tego faktu poprzez wykazanie, że dostarczyli zamawiającym nie mniej niż 10 szt. nowych EZT (trzy lub czteroczłonowych) realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h.

W celu potwierdzenia, opisanego przez Zamawiającego ww. warunku Zamawiający zażądał od wykonawców dołączenia do oferty wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, z podaniem przedmiotu (typu EZT), ilości (nie mniej niż 10 szt. nowych EZT trzy lub czteroczłonowych, realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h), dat wykonania i odbiorców - z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie - pkt III.2.3) ogłoszenia „Zdolność techniczna” oraz § 5 ust. 1 pkt 2) i § 6 ust. 4 SIWZ.

Postawiony przez Zamawiającego warunek wykazania się dostawą EZT realizujących kolejowe przewozy pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h od momentu ogłoszenia postępowania wzbudzał wśród wykonawców duże kontrowersje. Wykonawca Newag S.A w swoim proteście z dnia 4.05.2009 r. stwierdził, że ww. warunek jest nieprecyzyjny, gdyż: *„nie wskazuje, czy dostarczone EZT mają posiadać przystosowanie (homologacje) do przewozów z prędkością 160 km/h, czy też mają w praktyce realizować przewozy z taką prędkością”*. W rozstrzygnięciu protestu z dnia 12.05.2009 r. Zamawiający nie zgodził się z tym zarzutem i wyjaśnił, że: *„ Wykonawca powinien udokumentować, iż dostarczone przez niego wcześniej EZT były przystosowane konstrukcyjnie do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h. Istotne dla Zamawiającego jest zatem to, aby wykonawca legitymował się dokumentem potwierdzającym tę okoliczność. Przystosowania konstrukcyjnego nie można utożsamiać natomiast z faktycznie osiąganą maksymalną prędkością.”*

Podobnie Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 12.05.2009 r., gdzie nie przychylił się do prośby wykonawcy, który wnioskował o zmianę treści § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ, tj. warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia na treść następującą: *„posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, oraz udokumentują to poprzez wykazanie, że dostarczyli zamawiającym nie mniej niż 10 sztuk nowych EZT (trzy lub czteroczłonowych)*

przystosowanych konstrukcyjnie do realizowania kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h, wyjaśniając, że już w SIWZ: „Jasno określił, że Wykonawca powinien udokumentować, iż dostarczone przez niego wcześniej EZT były przystosowane konstrukcyjnie do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h. Istotne dla Zamawiającego jest zatem to, aby wykonawca legitymował się dokumentem potwierdzającym tę okoliczność. Przystosowania konstrukcyjnego nie można utożsamiać natomiast z faktycznie osiąganą maksymalną prędkością.”

W związku z powyższym, opierając się na powyższych wyjaśnieniach Zamawiającego oraz na obowiązujących przepisach prawa, stwierdzić należy, że jedynym dokumentem potwierdzającym konstrukcyjne przystosowanie EZT do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h jest bezterminowe świadectwo dopuszczenia typu pojazdu do eksploatacji wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego zwanego dalej: „Prezes UTK” zgodnie z art. 23 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą o transporcie kolejowym”, które określa podstawowe parametry pojazdu, a w szczególności maksymalną prędkość z jaką dany pojazd może się poruszać.

Na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt III.2.3) ogłoszenia oraz § 5 ust. 1 pkt 2) SIWZ Konsorcjum PESA załączyło do oferty wykaz wykonanych dostaw, z którego wynika, iż w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania dostarczyła 11 szt. czteroczęściowych EZT typu 16 WEk, oznaczenie kolejowe ED74, na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie w okresie od 24.07.2007 r. do 31.12.2007 r.; 2 szt. czteroczęściowych EZT typu 16 WEk, oznaczenie kolejowe ED74, na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie w dniu 29.08.2008 r. oraz 1 szt. czteroczęściowych EZT typu 16 WEk, oznaczenie kolejowe ED74, na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie w dniu 17.07.2008 r.

Na potwierdzenie, że ww. dostawy zostały należycie wykonane Konsorcjum PESA dołączyła do oferty jeden list referencyjny wystawiony przez PKP Przewozy Regionalne spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu w dniu 08.09.2008 r.

Protestujący po przeanalizowaniu wykazu wykonanych dostaw zidentyfikował poz. 1 wykazu, tj. dostawę 11 szt. EZT typu 16 WEk, oznaczenie kolejowe ED 74, dokonane na rzecz PKP „Przewozów Regionalnych” Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie, jako dostawę 11 szt EZT w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez PKP „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie pod nr PBL2-0241-P/18/2005.

W ramach tego postępowania w dniu 16.12.2005 r. została zawarta umowa na realizację zamówienia publicznego nr RU II SPOT/9/2005 pomiędzy „PKP Przewozy Regionalne” Spółka z o.o. z siedzibą w W-wie a Pojazdami Szynowymi PESA Bydgoszcz S.A. Holding. Zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w tym

postępowaniu wykonawca, który uzyskał przedmiotowe zamówienie, tj. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding zobowiązał się m.in. do dostarczenia Zamawiającemu w terminach wynikających z Harmonogramu Wykonania Zamówienia dołączonego do oferty 11 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych poruszających się z maksymalną prędkością eksploatacyjną 160 km/h, w tym: pierwszy pojazd do dnia 30.04.2007 r., kolejne dwa pojazdy nie później niż do dnia 31.07.2007 r., pozostałe osiem pojazdów nie później niż do dnia 31.12.2007 r. (dowody: Oferta Wykonawcy - Opis Spełnienia Wymagań Technicznych zgodnie z SIWZ pkt 2.1; Załącznik nr 5 do Rozdz. III Harmonogram Wykonania Zamówienia oraz § 3 Umowy).

Ponadto zgodnie z umową, wraz z dostawą pierwszego pojazdu, tj. do dnia 30.04.2007 r., Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding zobowiązała się do przekazania Zamawiającemu świadectwa dopuszczenia typu pojazdu do eksploatacji wydane przez Prezesa UTK oraz zatwierdzoną przez Prezesa UTK Dokumentację Technologiczną Systemu Utrzymania oraz Dokumentację Techniczno - Ruchową (§ 3 ust. 2 Umowy). Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding nie wywiązała się z obowiązków nałożonych na nią postanowieniami Umowy. Po pierwsze wskazać należy, że umowa, a wraz z nią terminy dostawy kolejnych EZT, były kilkakrotnie aneksowane - aneksy z dnia 11.04.2007 r., 17.04.2007 r., 14.06.2007 r., oraz w dniu 27.07.2007 r. Na skutek zmian umowy przesunięciu uległy terminy dostarczenia pojazdów. Dostawa pierwszego pojazdu, a wraz z nią dostarczenie Zamawiającemu świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz zatwierdzonej Dokumentacji Technologicznej Systemu Utrzymania oraz Dokumentacji Techniczno - Ruchowej uległo przesunięciu z dnia 30.04.2007 r. na dzień do 15.06.2007 r., a następnie do dnia 19.07.2007 r., tj. o prawie 3 miesiące. Dostawa drugiego pojazdu została przesunięta nie później niż do dnia 06.08.2007 r., a dostawa trzeciego pojazdu do dnia 20.08.2007 r. Podkreślenia wymaga, że wszystkie aneksy do umowy były podpisywane przez strony umowy bez podania podstawy prawnej oraz przyczyny dokonania zmiany, co jest niezgodne z postanowieniami Pzp. Zgodnie z art. 144 Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień dokonywania ww. zmian, modyfikacja umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy (bez wątplenia treść oferty Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding stanowił Harmonogram Wykonania Zamówienia wraz z terminami dostaw pojazdów) była dopuszczalna jedynie w przypadku, gdy konieczność zmiany wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany były korzystne dla Zamawiającego. Z uwagi na brak wskazania w aneksach powodów oraz podstawy prawnej dokonywania modyfikacji umowy, nie sposób orzec, dlaczego treść umowy między stronami została aneksowana. Nie sposób jednak uznać, aby kilkumiesięczne przesunięcia w dostawie pojazdów mogły być okolicznością korzystną dla Zamawiającego. Dlatego też, należy się liczyć z możliwością stwierdzenia nieważności

zmian do umowy, z powodu modyfikacji umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp, co wiąże się niemożliwością uznania zamówienia na 11 EZT za należycie wykonane (co zdaniem Protestującego nie wynika także z referencji dołączonych do oferty w postępowaniu). Należy pamiętać, że dokonanie modyfikacji umowy o zamówienie publiczne z naruszeniem przepisów Pzp skutkuje nieważnością zmiany takiej umowy z mocy prawa „*ex lege*”. Umowa/zmiany umowy „*w sprawie zamówienia publicznego dotknięte sankcją nieważności nie wywołują skutków prawnych. Sankcja nieważności dotyka czynności od samego początku (ab initio)*”. (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „*Prawo zamówień publicznych*”, W-wa 2007 r., str. 559).

Ponadto Protestujący stwierdził, że Konsorcjum PESA złożyła w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, gdyż powszechnie wiadome jest, że do dnia dzisiejszego Konsorcjum PESA nie uzyskała od Prezesa UTK bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, które umożliwiłoby poruszanie się EZT dostarczonych w ramach umowy z prędkością 160 km/h. Warunkiem uzyskania bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji elektrycznego zespołu trakcyjnego z maksymalną prędkością eksploatacyjną 160 km/h, jest przedstawienie wyników badań i prób eksploatacyjnych, które potwierdzą, że pojazd jest konstrukcyjnie przystosowany do odbywania przejazdów z prędkością 160 km/h.

Badania i próby muszą obejmować (pismo przesłane do Protestującego przez UTK w dnia 10.06.2009 r.):

„*a) sprawdzenie warunków pracy maszynisty (w obsłudze trakcyjnej dwuosobowej - sprawdzenie dla pomocnika maszynisty dla prędkości maksymalnej 160 km/h) w kabinie maszynisty pojazdu trakcyjnego, w zakresie:*

- *ergonomii stanowiska pracy, pola widzenia szlaku, oceny fotela maszynisty, oświetlenia kabiny i przyrządów,*
- *poziomu (drgań mechanicznych pod względem oddziaływania na organizm ludzki i komfort jazdy,*
- *poziomu hałasu infradźwiękowego, słyszalnego i ultradźwiękowego,*
- *indukcyjności pola magnetycznego,*
- *mikroklimatu kabiny maszynisty oraz zmian ciśnienia wewnętrznego,*

b) badanie pojazdu trakcyjnego (również z prędkością maksymalną 160 km/h) w zakresie:

- *emitowanych na zewnątrz i wewnątrz zakłóceń radioelektrycznych i elektromagnetycznych,*
- *zakłóceń w sieci trakcyjnej w wyniku działań urządzeń impulsowych,*
- *odporności wyposażenia na zewnętrzne pola elektromagnetyczne,*
- *wpływu zakłóceń generowanych na urządzenia sterowania ruchem kolejowym,*

c) potwierdzenie poprawności zastosowanych w pojeździe trakcyjnym rozwiązań, decydujących o bezpieczeństwie ruchu, bezpieczeństwie przewozu osób i rzeczy oraz

ochrony środowiska, w trakcie prób eksploatacyjnych. Należy przez to rozumieć wykonanie w ramach prób eksploatacyjnych prób i testów sprawdzenia ezr również z maksymalną 160 km/h, w tym sprawdzenie prędkością maksymalną 160 km/h, w tym sprawdzenie m.in. warunków pracy maszynistów i wpływu na urządzenia przytorowe."

Konieczność spełnienia ww. wymagań wynika z obowiązujących przepisów prawa - § 21 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.07.2005 r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji (Dz. U. z 2005 r. Nr 172 poz. 1444 ze zm.) zwanego dalej: „*Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18.07.2005 r.*”, który stanowi, że jednoosobowa obsługa trakcyjna, może być stosowana jedynie w pociągach kursujących na liniach kolejowych z prędkością nieprzekraczającą 130 km/h. Pociąg kursujący z większą prędkością musi spełnić surowsze wymagania techniczne - np. konstrukcja kabiny maszynisty, musi być przystosowana do tego, aby w trakcie jazdy pojazdu mogły przebywać w niej co najmniej 2 osoby - maszynista oraz pomocnik maszynisty, tj. w kabinie maszynisty muszą znajdować się dwa fotele osobny dla każdego z członków drużyny trakcyjnej. Wynika to również z „*Instrukcji o prowadzeniu ruchu pociągów na PKP S.A. R-1*” wydanej na mocy zarządzenia Nr 30 Zarządu PKP z dnia 6.04.1998 r. w sprawie ustalenia „*Instrukcji o prowadzeniu ruchu pociągów na PKP R-1*” ze zmianami - m.in. § 34 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 20, a także z pisma Ministra Infrastruktury z dnia 2.07.2009 r., o nr TK 4j - 0701 - 8/09, skierowanego do Pani Stanisławy P. Pośla na Sejm RP: „*obecnie obowiązująca zasada prowadzenia pociągów w dwuosobowej obsadzie trakcyjnej przy prędkościach jazdy pociągu powyżej 130 km/h powinna być utrzymana ze względu na bezpieczeństwo prowadzenia ruchu kolejowego i przewozu osób i rzeczy. Zasada ta będzie utrzymywana na liniach kolejowych, przystosowanych konstrukcyjnie do prędkości 160 km/h, lecz nie posiadających odpowiednich urządzeń."*

Z ww. pisma Ministra Infrastruktury wynika również, że: „*warunkiem koniecznym do prowadzenia ruchu pociągów z prędkością 160 km/h jest wprowadzenie do wyposażenia linii kolejowej odpowiednich urządzeń kontrolujących jazdę pociągów, a pojazdy sterownicze i trakcyjne muszą, być wyposażone w urządzenia współpracujące z urządzeniami stanowiącymi wyposażenie linii kolejowej."* W piśmie Ministra Infrastruktury, bazującym na informacjach otrzymanych od PKP Polskie Linie Kolejowe i od przewoźników kolejowych wykonujących pasażerskie przewozy kolejowe na linii kolejowej nr 2 (E20, odcinek Warszawa - Siedlce), w tym m.in. od Kolei Mazowieckich, wynika, że aby pociąg mógł poruszać się z prędkością 160 km/h na linii kolejowej muszą zostać zainstalowane urządzenia zwane ERTMS. Dopiero po zakończeniu prób eksploatacyjnych tych urządzeń oraz po dopuszczeniu ich do eksploatacji będzie możliwe ich zainstalowanie w infrastrukturze kolejowej oraz w pojazdach sterowniczych i trakcyjnych i dopiero wówczas: „*zapewniona będzie pełna kontrola nad jazdą pociągu, natomiast maszynista*

będzie nadzorował pracę urządzeń i kontrolował jazdę i pracę pociągu oraz reagował w sytuacjach awaryjnych", a co za tym idzie pojazd będzie w pełni konstrukcyjnie przystosowany do realizowania przewozów z prędkością 160 km/h.

Linia kolejowa na linii Warszawa - Łódź, po której kursują EZT dostarczone przez PESA w ramach umowy, nie jest przystosowana do jazdy pociągów z prędkością do 160 km/h, co dodatkowo potwierdza fakt, że 11 szt. EZT dostarczonych nie jest przystosowanych konstrukcyjnie do realizowania przewozów z taką prędkością, tj. nie spełnia wymagań konstrukcyjnych, np. nie posiada w kabinie maszynisty drugiego fotela dla pomocnika maszynisty, vide: schemat wnętrza ED74 Bydgoscia dostarczonego w ramach realizacji umowy z zaznaczonym jednym fotelem w kabinie maszynisty.

Fakt ten, oraz przytoczone przepisy niewątpliwie muszą być znane Zamawiającemu, gdyż Koleje Mazowieckie są zobowiązane jako profesjonalny przewoźnik, tj. przedsiębiorca, który na podstawie licencji wykonuje przewozy kolejowe lub świadczy usługę trakcyjną (art. 4 pkt 9 ustawy o transporcie kolejowym) znać i stosować obowiązujące przepisy prawa, w tym przepisy o transporcie kolejowym. Ponadto Minister Infrastruktury, informacje o których mowa uzyskał m.in. właśnie od Kolei Mazowieckich.

Zamawiający w ocenie Protestującego niewątpliwie był świadomy faktu, że warunek doświadczenia postawiony w postępowaniu mogą spełnić jedynie wykonawcy, którzy realizowali dostawy na EZT mogące poruszać się z prędkością 160 km/h, jedynie poza granicami Polski. Jest natomiast powszechnie wiadome, że Konsorcjum PESA w ostatnich latach nie wykonała, ani w kraju, ani za granicą, żadnej dostawy, która umożliwiłaby jej wykazanie się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Faktu dostarczenia bezterminowego świadectwa dopuszczenia pojazdu do eksploatacji, które dawałoby możliwość poruszania się EZT dostarczonych w ramach Umowy z prędkością 160 km/h oraz przekazania Zamawiającemu przez PESA zatwierdzonej Dokumentacji Technologicznej Systemu Utrzymania oraz Dokumentacji Techniczno - Ruchowej nie potwierdzają protokoły odbioru końcowego podpisane przez Przedstawiciela Producenta tj. PESA oraz Komisarza Odbiorczego - osobę, która zgodnie z § 1 ust. 1 pkt f była przedstawicielem Zamawiającego upoważnionym do dokonywania odbioru technicznego EZT dostarczanych w ramach umowy. W protokołach końcowych z odbioru EZT znajduje się jedynie enigmatyczny zapis, iż dany pojazd został: *„wykonany zgodnie z obowiązującymi instrukcjami, przepisami, normami, umową oraz dokumentacją konstrukcyjną i technologiczną, uznany jako nadający się do eksploatacji i odpowiadający wymogom technicznym."*

Poza tym, gdyby przyjąć, że Konsorcjum PESA uzyskało od Prezesa UTK terminowe świadectwo dopuszczenia typu pojazdu do eksploatacji umożliwiające poruszanie się pojazdu z prędkością 160 km/h, to fakt prawidłowości wystawienia tego świadectwa

w świetle przepisów prawa, jest co najmniej wątpliwy, gdyż jak zostało wskazane powyżej EZT dostarczone w ramach umowy nie są konstrukcyjnie przystosowane do realizowania przewozów z prędkością 160 km/h, tj. nie spełniają wymogów przewidzianych przepisami prawa. Znajomość przez Zamawiającego faktu, że pojazdy dostarczone przez Konsorcjum PESA w ramach umowy nie są konstrukcyjnie przystosowane do realizowania przewozów z prędkością 160 km/h i niewykluczenie z postępowania z powodu złożenia przez nią w postępowaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie tylko prowadzi do rażącego naruszenia przepisów prawa przez Zamawiającego, lecz budzi głęboki niepokój Protestującego, iż takie zachowanie może narazić na niebezpieczeństwo życia i zdrowia pasażerów korzystających z transportu kolejowego, jak również doprowadzić do konieczności zwrotu unijnego dofinansowania, z którego została współrealizowana umowa. Protestujący przywołał orzecznictwo KIO oraz stanowisko doktryny.

Protestujący przedstawił następującą argumentację za obowiązkiem wezwania Konsorcjum PESA do uzupełnienia dokumentów.

W ocenie Protestującego, Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum PESA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Jednakże, z ostrożności, na wypadek gdyby Zamawiający nie uwzględnił żądań Protestującego i uznał, że Konsorcjum PESA złożyło prawdziwe informacje w postępowaniu dotyczące posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotowego zamówienia, STADLER wskazuje na konieczność wezwania Konsorcjum PESA do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jakimi jest wykaz wykonanych dostaw lub dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie oraz złożenia wyjaśnień co do ww. wykazu i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, co jest obowiązkiem Zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że wykaz wykonanych dostaw i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw, wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia są dokumentami podmiotowymi, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. dokumentami potwierdzającymi, że przez oferowane dostawy wykonawca spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w postępowaniu. Jako takie traktuje je także Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 poz. 605 ze zm. zwane dalej: „*Rozporządzeniem w sprawie dokumentów*”). § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wyraźnie mówi o tym, że Zamawiający (...) może żądać wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Fakt potwierdzenia, że dostawy zostały wykonane należycie nie jest wystarczający. Po pierwsze składane przez

wykonawców referencje muszą pochodzić od podmiotu, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane. Z wykazu wykonanych dostaw załączonych przez Konsorcjum PESA do oferty wynika, że wszystkie dostawy EZT, które Konsorcjum PESA uwzględniła w swoim wykazie zostały dostarczone na rzecz PKP „Przewozów Regionalnych” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, natomiast list referencyjny załączony do oferty został wystawiony przez PKP „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. Biuro Utrzymania Taboru Wydział Konstrukcji i Rozwoju Taboru z siedzibą w Poznaniu. Z pewnością spółka mająca siedzibę w dwóch różnych miejscach nie jest podmiotem tożsamym, a z pewnością nie jest podmiotem na rzecz którego zostały dostarczone pojazdy z dołączonego do oferty wykazu wykonanych dostaw. Ponadto, dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie muszą dawać Zamawiającemu możliwość zweryfikowania, że zamówienie o którym mowa w wykazie dostaw jest zamówieniem tożsamym, o którym mowa w tych dokumentach. Tymczasem w liście referencyjnym nie tylko nie jest wskazane żadne konkretne postępowanie którego dostawa dotyczy, lecz zupełnie nie wiadomo wykonanie jakiej dostawy potwierdza list referencyjny, gdyż w wykazie wykonanych dostaw jest mowa o dostawach na 11, 2 i 1 czteroczołowy EZT typu 16 WEk, oznaczenie kolejowe ED 74, a list referencyjny potwierdza dostawę 14 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 16 WEk wyprodukowanych na zlecenie bliżej nieokreślonej spółki „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. list referencyjny nie potwierdza także, czy dostarczone przez PESE EZT są konstrukcyjnie przystosowane do realizowania przewozów z prędkością 160 km/h.

Wskazał także, że niezgodne z prawdą jest stwierdzenie, zawarte w liście referencyjnym, mówiące o tym, że *„wysoki poziom wykonania gwarantuje niską awaryjność”* pojazdów. Głośnie były bowiem chociażby takie fakty, jak te opisane w artykule *„ED74 do przeróbki”* Echo Miasta 05.08.2008 r.: *„Z tymi pojazdami od początku były problemy. Przypomnijmy, że pod koniec sierpnia ubiegłego roku najnowocześniejszy pociąg w Polsce ED74 Bydgoscia przyjechał na prezentację z Warszawy do Łodzi Fabrycznej. (...) Niestety, duma PKP popsuta się w swojej dziewiczej podróży w okolicach Koluszek Zacięły się schody i zgasły elektryczne wyświetlacze. Sytuacja powtórzyła się kilka dni później, kiedy pojazd popsuł się w okolicach Skierniewic. Na blisko dwie godziny wysiadła elektronika. Otworzyły się wszystkie wejścia i zablokowały drzwi toalet.”*

Wątpliwe jest także, czy osoba, która podpisała przedmiotowe referencje, tj. Naczelnik Konstrukcji i Rozwoju Taboru była osobą umocowaną do dokonania tej czynności oraz czy była to osoba posiadającą rzeczywistą wiedzę co do faktu wykonania jakich dostaw potwierdza list referencyjny oraz czy zamówienia te zostały należycie wykonane.

Ponadto podkreślił, że PESA w wykazie wykonanych dostaw, w poz. 1, w odniesieniu do dostawy 11 szt. EZT dostarczonych na rzecz PKP „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie wskazała jako daty wykonania zamówienia (dostawy) termin od dnia 24.07.2007 r. do dnia 31.12.2007 r., gdy tymczasem zgodnie z aneksami do umowy i protokołami odbioru końcowego, termin realizacji zamówienia trwał od dnia 19.07.2007 r. do dnia 31.12.2007 r. O tym, że dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie nie mogą być skonstruowane dowolnie, lecz muszą dawać Zamawiającemu możliwość zweryfikowania załączonego przez wykonawcę wykazu dostaw, usług lub robót budowlanych mówi wyrok ZA z dnia 15.03.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-702/06.

Dlatego też, jeśli Zamawiający mimo ciążącego na nim obowiązku nie wykluczy Konsorcjum PESA z postępowania, z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania - wybór oferty Konsorcjum PESA jako najkorzystniejszej - Przystępujący z ostrożności wnosi o wezwanie Konsorcjum PESA na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie lub do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu wykonanych dostaw lub listu referencyjnego załączonego przez wykonawcę do oferty zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp. Konieczność skorzystania przez Zamawiającego z instrumentów przewidzianych w art. 26 Pzp, w sytuacji gdy wykonawca nie złoży wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub który złoży takie dokumenty zawierające błędy może pojawić na każdym etapie postępowania przetargowego. Na potwierdzenie przywołał orzecznictwo KIO.

Niezależnie od powyższego Protestujący podkreślił, że w sytuacji gdy Zamawiający przychylił się do żądania Protestującego i uznał, iż Konsorcjum PESA złożyła w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, na Zamawiającym ciąży obowiązek wykluczenia Konsorcjum PESA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bez wzywania Konsorcjum PESA do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3. Przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ma charakter autonomiczny. Jej zaistnienie zawsze skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania przetargowego, przy czym Pzp nie przewiduje konieczności przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania sanacyjnego czy wyjaśniającego, poprzedzającego wykluczenie. Zasadność powyższej argumentacji potwierdza też fakt, że przepis, który nakazuje wykluczenie wykonawcy składającego nieprawdziwe informacje (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp) nie zawiera zwrotu „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3”. Takie zastrzeżenie zawiera jedynie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie wzywa do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, które zawierają nieprawdziwą informację, nawet jeżeli jest to oświadczenie, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, bowiem mimo ich uzupełnienia i tak ofertę należy uznać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Na takim stanowisku stanęła również KIO w wyroku z dnia 5.02.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 99/09, stwierdzając, że: „(...) *norma*

art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ma charakter imperatywny. (...) Sanowanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp jest, w okolicznościach sprawy, niedopuszczalne".

W dniu 20.07.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 23.07.2009 r. faxem do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum PESA po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów i wносиło o oddalenie protestu. Względem twierdzeń Protestującego, że Konsorcjum PESA nie legitymuje się bezterminowym świadectwem dopuszczenia do eksploatacji wydanym przez Prezesa UTK EZT realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h, który zdaniem Protestującego jest: *„jedynym dokumentem potwierdzającym konstrukcyjne przystosowanie EZT do realizowanie przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h"* i sugeruje, że ta interpretacja wynika z odpowiedzi zamawiającego udzielonej do SIWZ stwierdził co następuje.

Zamawiający nie zdefiniował rodzaju dokumentu, jakim powinien legitymować się wykonawca dla potwierdzenia przystosowania EZT do realizowania przewozów z wymaganą prędkością.

Zarzut, że dokumentem takim może być wyłącznie bezterminowi świadectwo dopuszczenia typu pojazdu do eksploatacji wydane przez Prezesa UTK i że twierdzenie to znajduje uzasadnienie w brzmieniu art. 23 ustawy o transporcie kolejowym jest bezpodstawne. Taką swoistą interpretacją Protestującego usiłuje przedstawić swoją wizję podstaw wykluczenia Konsorcjum PESA, nie znajdującą uzasadnienia w jakimkolwiek z cytowanych przepisów.

Z art. 23 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym wynika, że zarządca, przewoźnik kolejowy i użytkownik bocznic kolejowej oraz przedsiębiorca wykonujący przewozy w obrębie bocznic kolejowej mogą eksploatować wyłącznie typy pojazdów kolejowych, na które Prezes UTK wydał świadectwo dopuszczenia typu do eksploatacji.

Warunki, tryb wydawania i cofania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu kolejowego na podstawie upoważnienia ustawowego z art. 23 ust. 4 ustawy a transporcie kolejowym określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103 z 2004 r., poz. 1090 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Rozporządzeniem z dnia 30.04.2004 r."* Z § 9 wynika, iż świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydaje się na czas nieokreślony, a w przypadku konieczności przeprowadzenia prób eksploatacyjnych, na czas określony, przewidziany na przeprowadzenie tych prób.

Oba te dokumenty - zarówno dokument bezterminowy jak i wydany na czas oznaczony - są równorzędną podstawą do eksploatacji pojazdu kolejowego, a z § 10 wynika też, że każdy z tych dokumentów może być cofnięty przez Prezesa UTK w przypadku stwierdzenia zagrożenia bezpieczeństwem ruchu kolejowego, bezpiecznej eksploatacji pojazdów kolejowych, ochrony przeciwpożarowej lub ochrony środowiska.

Przystępujący stwierdził, że protest zawiera subiektywną nieuzasadnioną jakimkolwiek argumentem tezę, że Konsorcjum PESA nie wywiązała się z obowiązków nałożonych postanowieniami umowy. Zarzut ten nie jest poparty jakimkolwiek dowodem.

Wskazał, że żaden przepis Pzp nie nakazuje podawania w treści aneksów podstawy prawnej ich zawierania oraz przyczyny dokonania zmiany. Poprawność zawieranych aneksów stanowiła przedmiot kontroli Instytucji finansujących, które akceptowały zamiany, a Informacja o ich ilości jest powszechnie dostępna na stronie internetowej „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o.o.

Niezależnie od tego, że nikt przez lata nie kwestionował zasadności zmian. Protestujący swym działaniem stara się przerzucić na Zamawiającego konieczność weryfikacji domysłów i spekulacji. Postępowanie o udzielenie innego zamówienia z pewnością nie jest drogą, właściwą do podważania poprawności czynności innego Zamawiającego w innym postępowaniu.

Zarzut niemożności odczytania zakresu dostawy z treści dostępnych mu protokołów odbioru, mimo że jak wskazuje Protestujący widnieje w tych protokołach zapis, „*że dany pojazd wykonany jest zgodnie [m.in.] z umową i dokumentacją konstrukcyjną i technologiczną*”. Tym samym protestujący stawia zarzut, na poparcie którego przedstawia dowód przemawiający przeciw stawianym zarzutom.

Przystępujący stwierdził, że spełnia wymogi określone w warunkach technicznych postępowania przez Zamawiającego. Gdyby ich nie spełniał jej oferta podlegałaby odrzuceniu. Zamawiający nie żądał wykazania się doświadczeniem w dostawie pociągów, które realizują przewozy z prędkością 160 km/h, stąd dywagacje Protestującego są chybione. Przystępujący zobowiązany jest dostarczyć pojazd zgodny z umową oka zostanie zawarta w niniejszym postępowaniu i za to będzie rozliczony przez Zamawiającego

Przystępujący wyjaśnił także, że wydanie kwestionowanego świadectwa prezesa UTK poprzedziła analiza dokumentacji i badań wykonanych przez upoważnione Jednostki certyfikujące, co do kwestionowania opinii których Protestujący nie ma wystarczających kompetencji.

Przystępujący stwierdził również, że nie ma dwóch identycznie brzmiących podmiotów z siedzibą w różnych miastach Polski oraz, że nr NIP ujawniony w treści listu referencyjnego jest tożsamy z nr NIP podmiotu, z którym Przystępujący dnia 16.12.2005 r. zawarł umowę na dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych. List referencyjny nie jest

oświadczeniem podmiotu, jest dokumentem prywatnym podpisanym przez pracownika „PKP Przewozy Regionalne” Sp. z o. o z siedzibą w Warszawie, który był odpowiedzialny za nadzorowanie jej wykonania.

Przywołany przepis nie nakazuje dokumentowania doświadczenia oświadczeniem podmiotu, na rzecz którego dostawa nastąpiła, a jedynie dokumentem i list referencyjny wymóg ten spełnia. Prezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, co potwierdza wyrok z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/58/07, zgodnie z którym referencja nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia itp., o jedynie ma potwierdzać należyte jego wykonanie. Dodatkowo należy wskazać, że fakt należytego wykonania umowy potwierdzają dokumenty przedstawione przez Protestującego w załączeniu do protestu w postaci protokołów odbioru pojazdów.

W ocenie Przystępującego, skoro powszechnie wiadomo, że wykonał on na rzecz konkretnej spółki „PKP Przewozy Regionalne” sp. z o.o. dostawy EZT typu 16 Wek, oznaczonych również jako ED74 objęte umową, której treść dostępna jest każdemu i wykonanie której potwierdzone jest dokumentem wystawionym przez pracownika tej spółki nadzorującego jej wykonanie, to brak jest formalnych podstaw do uwzględnienia wniosku o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum PESA, co dodatkowo uzasadnia wnioski o oddalenie protestu. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 30.07.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Ustosunkowując się do przedstawionych w proteście zarzutów Zamawiający stwierdził, co następuje:

W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, w ocenie Zamawiającego, wystarczającym dokumentem jest świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, potwierdzające, że pojazd jest dopuszczony do eksploatacji, wydane przez właściwy organ. Ważne jest to, aby świadectwo potwierdzało przystosowanie konstrukcyjne pojazdu do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h, co ma miejsce. Zamawiający nie wymagał przedstawienia świadectwa bezterminowego. Ponadto należy wskazać, że świadectwo wydane przez UTK potwierdza określone właściwości pojazdu. Okoliczność, iż świadectwo zostało wydane na czas określony albo na czas nieokreślony, nie ma wpływu na parametry, które posiada pojazd.

Potwierdzeniem należytego wykonania umowy są załączone do wykazu referencje podmiotu, dla którego zamówienie zostało zrealizowane. Natomiast do kompetencji Zamawiającego nie należy ocena zasadności wprowadzania zmian w zawartej umowie w postaci aneksów.

Zamawiający wezwał Wykonawcę PESA do wyjaśnienia treści złożonego wraz z ofertą Wykazu wykonanych dostaw, tj. czy wskazane w Wykazie ezt, które zostały dostarczone do PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. w Warszawie, były przystosowane konstrukcyjnie do realizowania przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h. W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnił iż wskazane ezt są przystosowane konstrukcyjnie do eksploatacji z prędkością 160 km/h, a na potwierdzenie tego faktu załączył kopią świadectwa nr T/2007/0126 wydanego przez Prezesa UTK wraz pismem TTZ-611/04/OK./09. W związku z tym Zamawiający uznał Warunek za spełniony. Dla Zamawiającego bowiem istotnym jest to, czy pojazdy były przystosowane konstrukcyjnie, do realizowania przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h, a nie to czy świadectwo jest terminowe, czy bezterminowe.

Okoliczność, że linia kolejowa Warszawa - Łódź nie jest przystosowana do jazdy z prędkością do 160 km/h, nie oznacza, iż pojazd kolejowy nie jest przystosowany konstrukcyjnie do realizowania przewozów z ww. prędkością.

Protokoły odbioru końcowego potwierdzają fakt wykonania zamówienia zgodnie z umową, w której określony jest sposób jej realizacji, dlatego też Zamawiający uważa za bezzasadne powtarzanie protokołów, odbioru postanowień zawartych w umowie.

Zamawiający działa w zaufaniu do kompetencji Urząd Transportu Kolejowego oraz wydawanych przez niego rozstrzygnięć i nie widzi żadnych podstaw do kwestionowania jego orzeczeń. W ocenie Zamawiającego świadectwo wydane przez UTK potwierdza jednoznacznie, że pojazdy są przystosowane do realizacji przewozów z prędkością 160 km/h i tym samym warunek został spełniony.

Z treści pisma wynika, że list referencyjny pochodzi od podmiotu na rzecz, którego wykonane zostało zamówienie. Okoliczność, że list został wystawiony przez jednostki organizacyjną PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie, tj. Biuro Utrzymania Taboru Wydział Konstrukcji i Rozwoju Taboru w Poznaniu, nie daje podstaw do przyjęcia, iż pochodzi on od innego podmiotu. Ponadto referencje są podpisane przez osobę jak najbardziej zorientowaną w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia.

Poza tym, pojawianie się ewentualnych usterek w eksploatowanych ezt nie może uzasadniać zarzutu nienależytego wykonania zamówienia. Ocena, czy zamówienie zostało wykonane należyście następuje na dzień dostawy taboru.

Podniesiony zarzut nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie zamówienia mieści się w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. Jednakże na etapie badania i oceny ofert Zamawiającemu nie były wiadome różne daty realizacji. Taką informację przedstawił Protestujący w proteście załączając kopie: umowy aneksów, protokołów odbioru końcowego.

Zamawiający wskazał, że w przypadku oświadczeń i dokumentów, które budziły wątpliwości wystąpił do Wykonawców o ich uzupełnienie lub wyjaśnienie, natomiast w przypadku, gdy przedłożone dokumenty nie budziły wątpliwości, nie było potrzeby zwracania się do wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego nie ma podstaw do przyjęcia Konsorcjum PESA złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wyniki prowadzonego postępowania, a tym samym, że zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W dniu 10.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Odwołujący oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Nadto Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w odwołaniu na okoliczności w nim przywołane.

Odnosnie złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia wymogu co do wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podtrzymał argumentację z protestu, ponadto, stwierdził, że Zamawiający nie zmienił również wzoru wymaganego od wykonawców wykazu wykonanych dostaw, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ. W treści tego załącznika, obowiązującej zarówno na dzień zamieszczania SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, jak i na dzień składania ofert, zawarta została instrukcja, iż: *„W wykazie Wykonawca powinien wykazać dostawę co najmniej 10 sztuk nowych EZT trzy lub czteroczłonowych, realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h.”*

Przywołał § 21 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.07.2005 r. zgodnie z którym w pociągu kursującym z prędkością wyższą niż 130 km/h konstrukcja kabiny maszynisty musi być przystosowana do tego, aby w trakcie jazdy pojazdu mogły przebywać w niej co najmniej dwie osoby - maszynista oraz pomocnik maszynisty, tj. w kabinie maszynisty muszą znajdować się dwa fotele osobne dla każdego z członków drużyny trakcyjnej. Jednoosobowa obsługa trakcyjna może być stosowana jedynie w pociągach kursujących na liniach kolejowych z prędkością nie przekraczającą 130 km/h.

Pojazdy dostarczone przez spółkę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie w wykonaniu zawartej między tymi stronami umowy nr RU II SPOT/9/2005 z dnia 16.12.2005 r. wyposażone są w jedno stanowisko maszynisty. Nie są one przystosowane do obsługi liczniejszej niż jednoosobowa. Tym samym, choćby z tego powodu konstrukcyjnego, nie mogą one realizować przewozów pasażerskich z prędkością wyższą niż 130 km/h.

To, że pojazdy dostarczone przez spółkę PESA w wykonaniu umowy dostawy 11 EZT nie tylko nie mogą, ale i nie realizują przewozów z prędkością 160 km/h, jest faktem powszechnie znanym. Nie zaprzeczył temu również Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu.

Jak wynika z tego rozstrzygnięcia, bezspornym między stronami jest również fakt, iż linia kolejowa Warszawa - Łódź (po której kursuje 11 EZT dostarczonych przez spółkę PESA w wykonaniu umowy dostawy 11 EZT i wykazanych w wykazie dostaw załączonym do oferty Konsorcjum PESA) nie jest przystosowana do jazdy z prędkością do 160 km/h.

W konsekwencji należy przyjąć, iż Konsorcjum PESA nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, a informacje zawarte w załączonym do oferty wykazie dostaw są informacjami nieprawdziwymi, co skutkować powinno wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że pojęcie „*pojazd realizujący kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h*” nie jest tożsame z pojęciem „*pojazd przystosowany konstrukcyjnie do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h*”. Nawet, jeżeli jednak hipotetycznie przyjąć, że przez wymóg wykazania się doświadczeniem w postaci dostarczenia nie mniej niż 10 szt. nowych EZT (trzy lub czteroczłonowych) realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h Zamawiający rozumiał przystosowanie konstrukcyjne do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h (czemu jednakże przeczy oddalenie w całości ww. protestu Newag S.A. oraz odmowa zmiany warunku doświadczenia w odpowiedzi z dnia 12.05.2009 r. na pytanie jednego z wykonawców), to również i tego wymogu nie spełnia 11 EZT dostarczonych przez spółkę PESA na rzecz PKP PR Sp. z o.o.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu przyjmuje, iż dokumentem potwierdzającym przystosowanie konstrukcyjne pojazdu do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h jest świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydane przez Prezesa UTK. Zamawiający jest jednakże w błędzie twierdząc, iż terminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, wydawane na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym potwierdza to przystosowanie. W tym kontekście dziwi stwierdzenie Zamawiającego, że dla oceny tej okoliczności bez znaczenia pozostaje fakt, czy świadectwo jest bezterminowe czy terminowe. Powyższe kwestie reguluje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 30.04.2004 r. oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia z dnia 12 października 2005 r. w sprawie zakresu badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212 z 2005 r., poz. 1772 z późn. zm.) zwane dalej: „*rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie zakresu badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych*”. Zgodnie z § 9 ust. 1 ww. rozporządzenia Ministra Infrastruktury dnia 30.04.2004 r.: „*Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydaje się na czas nieokreślony, a w przypadku nowych typów lub konieczności*

przeprowadzenia prób eksploatacyjnych, na czas określony, przewidziany na przeprowadzenie tych prób." Świadczenie terminowe (świadectwo wydawane na czas określony w rozumieniu § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30.04.2004 r.) nie różni się od świadectwa bezterminowego (świadectwa wydawanego na czas nieokreślony w rozumieniu § 9 ust. 1 ww. rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30.04.2004 r.) jedynie okresem ważności. Świadczenie terminowe (tj. wydane na czas określony) nie potwierdza (i nie może potwierdzać) przystosowania konstrukcyjnego do realizowania przewozów z określoną prędkością, gdyż z założenia wydawane jest ono w celu i na czas niezbędny do przeprowadzenia jazd próbnych z udziałem upoważnionej jednostki badawczej.

Odwołujący wskazał, że nawet, jeżeli świadectwo terminowe zawiera zapis dotyczący określonej prędkości eksploatacyjnej, to zapis ten nie może być odczytywany inaczej, jak zapis mający na celu umożliwienie przeprowadzenia prób eksploatacyjnych. W związku z powyższym jedynie bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego (świadectwo na czas nieokreślony, wydawane po przedstawieniu wyników prób eksploatacyjnych i opinii upoważnionej jednostki badawczej) jest w stanie potwierdzić przystosowanie konstrukcyjne pojazdu do realizacji przewozów ze wskazaną w świadectwie prędkością eksploatacyjną.

Wszystkie budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego oraz pojazdy kolejowe mogą być dopuszczone do eksploatacji wtedy i tylko wtedy, jeżeli ich konstrukcja spełnia specyficzne dla danej kolei wymagania i przepisy związane z bezpieczeństwem prowadzenia ruchu kolejowego. Tak więc przystosowanie konstrukcyjne pojazdu szynowego do wykonywania przewozów z prędkością 160 km/h należy rozumieć nie tylko w sensie fizycznej możliwości osiągnięcia przez pojazd tej prędkości, ale przede wszystkim przez spełnienie przez konstrukcję pojazdu, w tym przypadku kabinę maszynisty, wymogów prawa, w tym wymogu w zakresie obsługi dwuosobowej, wynikającego z przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.07.2005 r. Jak wskazano powyżej, kabiny pojazdów dostarczonych przez spółkę PESA w wykonaniu umowy dostawy 11 EZT nie są przystosowane do obsługi liczniejszej niż 1-osobowej, a tym samym nie są przystosowane konstrukcyjnie do wykonywania przewozów z prędkością wyższą niż 130 km/h. Również zatem przy przyjęciu założenia, że wymóg odnoszący się do doświadczenia dotyczył dostarczenia nie mniej niż 10 szt. nowych EZT (trzy lub czterocłonowych) przystosowanych konstrukcyjnie do realizowania kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h, należy dojść do wniosku, że Konsorcjum PESA nie posiada tak wymaganego doświadczenia, a informacje zawarte załączonym do oferty wykazie dostaw są informacjami nieprawdziwymi, co skutkować powinno wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący podtrzymuje zarzut, iż list referencyjny z dnia 8.09.2008 r., przedłożony na potwierdzenie należytego wykonania umowy dostawy 11 EZT, zawiera nieprawdziwe stwierdzenia, iż umowa została należycie wykonana. Według wiedzy Odwołującego PESA nie wywiązała się ze swoich obowiązków umownych.

Po pierwsze, nie sposób uznać, aby kilkumiesięczne przesunięcia w dostawie pojazdów w stosunku do pierwotnych postanowień umownych (niewątpliwie nie będące okolicznością korzystną dla Zamawiającego), dokonywane bez wskazania przyczyn i podstawy prawnej zmian, nie powinny zaniepokoić Zamawiającego i skłonić go co najmniej do wszczęcia procedury wyjaśniającej (art. 26 ust. 4 Pzp) w odniesieniu do wykazania spełnienia warunku doświadczenia. W orzecznictwie przyjmuje się, że Zamawiający ma obowiązek (a nie prawo) weryfikować oświadczenia składane przez wykonawców w toku postępowania, zwłaszcza w sytuacjach, gdy składane przez wykonawcę dokumenty, które mają potwierdzać treść oświadczeń, nie w pełni lub niejednoznacznie tę treść potwierdzają, co może wynikać z różnych źródeł, w tym pozyskanych od innych wykonawców, na skutek złożonych protestów. Po drugie, trudno się zgodzić ze stwierdzeniem Zamawiającego, że protokoły odbioru końcowego potwierdzają fakt wykonania zamówienia zgodnie z umową. Umowa dostawy 11 EZT wyróżnia bowiem, jako jej przedmiot, oprócz dostarczenia 11 pojazdów, również sporządzenie, uzyskanie zatwierdzenia i dostarczenia w wyznaczonych umowa terminach określonej dokumentacji (w szczególności § 2 ust. 3 oraz w § 3 umowy dostawy 11 EZT). Dostawy pierwszego pojazdu dotyczy protokół odbioru końcowego nr 1/001/07 z dnia 19.07.2007 r. W protokole tym znajduje się jedynie zapis, że pojazd (a nie przedmiot umowy) został wykonany zgodnie z umową. Protokół nie potwierdza w żaden sposób faktu dostarczenia w terminie dostawy pierwszego pojazdu ww. dokumentacji.

W konsekwencji Odwołujący stwierdza, iż Konsorcjum PESA składając oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w tym posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz umieszczając w wykazie wykonanych dostaw jako dostawy spełniającej wymogi Zamawiającego dostawy 11 EZT na rzecz PKP PR Sp. z o. o. i załączając informację o należyтым wykonaniu umowy dostawy 11 EZT, złożyło w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co skutkować powinno wykluczeniem z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp).

Odnosnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów (wniosek ewentualny). Odwołujący podtrzymuje twierdzenie zawarte w proteście i odwołaniu, iż że wskazanych powyżej względów Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum PESA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zdaniem Odwołującego przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ma charakter autonomiczny i niezależny od spełnienia pozostałych przesłanek z art. 24 Pzp. Jej zaistnienie powinno skutkować więc zawsze wykluczeniem z postępowania przetargowego, bez przeprowadzenia jakiegokolwiek

postępowania sanacyjnego czy wyjaśniającego, poprzedzającego wykluczenie. Tym niemniej, ostrożności procesowej, Odwołujący składa wniosek ewentualny o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum PESA do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw wskazanych w ww. wykazie. Wobec nieprawdziwości informacji zawartych w wykazie dostawa zrealizowana w wykonaniu umowy dostawy 11 EZT nie może być bowiem uznana za spełniającą wymogi Zamawiającego.

Odwołujący podnosi również, że całokształt okoliczności dotyczących załączonego przez Konsorcjum PESA listu referencyjnego z dnia 8.09.2008 r. i podniesionych w proteście złożonym przez spółkę STADLER dodatkowo wskazują - w przypadku nieuwzględnienia wniosku dotyczącego wykluczenia Konsorcjum PESA na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp - na konieczność zastosowania procedury wyjaśniania/uzupełniania oświadczeń i dokumentów z art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp.

W związku z powyższym zasadny jest wniosek ewentualny dotyczący nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum PESA do udzielenia wyjaśnień co do treści wykazu wykonanych dostaw oraz listu referencyjnego złożonego na potwierdzenie, że dostawy wymienione w wykazie dostaw zostały należycie zrealizowane. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

W dniu 12.08.2009 r. (pismo z dnia 11.08.2009 r.) Zamawiający przekazał firmie Konsorcjum PESA (faxem) kopię odwołania i wezwał je do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 18.09.2009 r. (faxem) Konsorcjum PESA po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania. Względem zarzutu niewykluczenie Przystępującego na z powodu złożenia przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania wskazał co następuje. Zamawiający wymagał od uczestników wykazania się doświadczeniem w dostawie EZT realizujących przewozy z prędkością 160 km/h, bowiem Zamawiający wymagał od wykonawców uczestniczących w postępowaniu wykazania się doświadczeniem udokumentowanym dostawą nie mniej niż 10 szt. nowych EZT przystosowanych konstrukcyjnie do realizowania przewozów z prędkością (*maksymalną*) co najmniej 160 km/h (wyjaśnienie Zamawiającego z dnia 12.05.2009 r. oraz protest Odwołującego). Konsorcjum posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, ponieważ na podstawie umowy RU II SPOT/9/2005 z dnia 16.12.2005 łączącej PKP Przewozy Regionalne sp. z o.o. z PESA Bydgoszcz S.A. spółka ta dostarczyła 11 sztuk EZT z maksymalną prędkością eksploatacyjną 160 km/h, co potwierdza zarówno dokument referencji załączony do oferty, jak również dokument urzędowy w postaci

terminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji nr T/2007/0126, którego termin obowiązywania Prezes UTK wydłużył do dnia 31.12.2009 r. (dowody: 1) wyciąg z SIWZ dotyczącego zamówienia publicznego, w wyniku udzielenia którego zawarta została umowa RU II SPOT/9/2005 z dnia 16.12.2005 r., 2) oświadczenie uprawnionej jednostki certyfikującej, która przeprowadzała badania pojazdów typu 16Wek, serii ED 74 w zakresie wymaganym przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r.).

Jednym z argumentów Odwołującego jest niespełnienie przez pojazdy dostarczone przez PESA Bydgoszcz S.A. na podstawie umowy RU II SPOT/9/2005, na doświadczenie w dostawie których powołuje się Konsorcjum w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, warunku określonego w § 21 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.07.2005 r. Mimo, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego doszło do zawarcia umowy RU II SPOT/9/2005 wszczęte zostało w kwietniu 2005 r., czyli na 5 miesięcy przed wejściem w życie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.07.2005 r., jednak realizacja tej umowy przypada już na okres, w którym obowiązywało to rozporządzenie, bowiem weszło ono w życie dnia 24.09.2005 r. Badania EZT 16Wek serii ED 74 przeprowadzone przez jednostkę badawczo-rozwojową Centrum Naukowo Techniczne Kolejnictwa na potrzeby uzyskania świadectwa dopuszczenia typu pojazdu do eksploatacji wykonane zostały już pod rządami tego rozporządzenia. W okresie obowiązywania rozporządzenia Prezes UTK wydał w 2006 r. świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu 16Wek, co oznacza, że pojazd ten spełnia wymogi niezbędne do eksploatacji go z maksymalną prędkością eksploatacyjną 160 km/h, co w sposób zasadniczy podważa zasadność wywodów Odwołującego dotyczących nie spełniania jednego z wariantów realizacji przewozów z prędkością 130 km/h określoną przepisami rozporządzenia. Wydane przez Prezesa UTK świadectwo dopuszczenia typu pojazdu 16WEk do eksploatacji jest świadectwem terminowym, wyłącznie z powodu konieczności przeprowadzenia badań uzupełniających układu klimatyzacji, co wprost wynika z treści pisma Prezesa UTK z dnia 12.01.2009 r. znak TTZ-611/04/OK./09 (dowód: Świadectwo UTK Nr T/2007/0126 oraz pismo Prezesa UTK z dnia 12.01.2009 znak TTZ-611/04/OK./09).

Odnosząc się do wszelkich zarzutów stawianych referencjom Przystępujący podnosi, że postępowanie, w wyniku którego PESA Bydgoszcz S.A. zdobyła doświadczenie w dostawie EZT o maksymalnej prędkości eksploatacyjnej 160 km/h prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego i jako postępowanie znacznej wartości i finansowane ze środków unijnych podlegało wielu kontrolom zarówno wewnętrznym, jak i zewnętrznym, w tym kilku kontrolom Prezesa UZP. Wszystkie te kontrole nie ujawniły istnienia wad postępowania, których możliwość istnienia sugeruje Odwołujący (dowód: Pismo PKP Przewozy Regionalne sp. z o.o. z dnia 30.07.2009, znak PBU9-070/25/2009 wraz z załącznikiem). Względem zarzutu nie wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust.

3 i 4 Pzp do uzupełnienia wykazów wykonanych dostaw oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zobowiązania. Przystępujący wskazał, że wywody Odwołującego mające stanowić uzasadnienie tego zarzutu są nieprawdziwe. Jeden z uczestników postępowania, którego dotyczy odwołanie - Newag S.A. skopiowała całą argumentację Odwołującego i użył jej w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Małopolskie. Zamawiający w tym postępowaniu przeprowadził szczegółowe dochodzenie, a następnie oddalił protest Newag S.A., a Przystępujący w całości akceptuje i popiera stanowisko Województwa Małopolskiego zawarte na str. od 5 do 9 rozstrzygnięcia protestu z dnia 15.09.2009 r. (dowód: rozstrzygnięcie protestu Newag S.A. przez Województwo Małopolskie z dnia 15.09.2009 r.). Dodatkowo, odnosząc się do wywodów Odwołującego dotyczących braku po stronie Pana Marka P. kompetencji do potwierdzania w imieniu PKP Przewozy Regionalne sp. z o.o. należytego wykonania umowy przez PESA Bydgoszcz S.A. Protestujący wyjaśnia, że osoba ta jest uprawniona do składania takich oświadczeń, co wynika bezpośrednio z pisma PKP Przewozy Regionalne sp. z o.o. (dowód: Pismo PKP PR sp. z o.o. z 29.07.2009 r. znak PBU3-074/306/09). Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 17.09.2009 r. (wpływ bezpośredni) wpłynęło pismo Odwołującego (pismo z dnia 09.09.2009 r.) podtrzymujące zarzuty i wnioski z odwołania i wnoszące o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pism Prezesa UTK na okoliczność, iż:

- 1) EZT typu 16 WEk (oznaczenie kolejowe ED74) zawarte w wykazie wykonanych dostaw Konsorcjum PESA (str. 80 oferty) mogą wykonywać kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością maksymalną jedynie 130 km/h, a tym samym nie spełniają wymogu realizacji kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością 160 km/h;
- 2) na dzień składania ofert w tym postępowaniu żaden EZT eksploatowany na infrastrukturze kolejowej w Polsce nie może wykonywać przewozów pasażerskich z prędkością wyższą niż 130 km/h;
- 3) zapis o prędkości 160 km/h zawarty w terminowym świadectwie dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr T/2007/0126 z dnia 27.06.2007 r. wydanym przez Prezesa UTK (świadectwo powołane w rozstrzygnięciu protestu) oznacza jedynie zgodę na prowadzenie prób eksploatacyjnych pod nadzorem upoważnionej jednostki i nie może być interpretowany jako jednoznaczny z dopuszczeniem do eksploatacji z prędkością co najmniej 160 km/h;
- 4) eksploatacja EZT z prędkością 160 km/h w warunkach polskich wymaga dwuosobowej obsługi trakcyjnej, a EZT typu 16 WEk jest przystosowany do obsługi jednoosobowej.

Ponadto Odwołujący podtrzymał, iż Konsorcjum PESA złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Wpływ na ten wynik ma przedłożenie

referencji, które zawierają nieprawdziwe informacje dotyczące należytego wykonania umowy dostawy 11 EZT.

Wymóg zawarty w ogłoszeniu i SIWZ, nie zmieniany w trakcie postępowania, dotyczył wykazania się przez wykonawcę, że dostarczył nie mniej niż 10 szt. nowych EZT (trzy lub czteroczłonowych) realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h. Wymogu tego Zamawiający nie zmienił również odpowiedzią nr 1 na pytanie do SIWZ (pismo Zamawiającego z 12.05.2009 r. załączone do odwołania), tym bardziej, że odesłanie do zapisów SIWZ w drugim zdaniu tej odpowiedzi: *„Zamawiający w SIWZ jasno określił, że Wykonawca powinien udokumentować, iż dostarczone przez niego wcześniej EZT były przystosowane konstrukcyjnie do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h.”* jest odesłaniem „pustym” - żadne z postanowień SIWZ dotyczące warunku wiedzy i doświadczenia takiego określenia nie zawiera.

To, że pojazdy dostarczone przez spółkę PESA w wykonaniu umowy dostawy 11 EZT nie realizują przewozów z prędkością 160 km/h, jest faktem powszechnie znanym, nie zaprzeczył temu także Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu. Potwierdzenie tego faktu zawierają również załączone pisma Prezesa UTK. Wynika z nich bowiem jednoznacznie, że żaden EZT eksploatowany na infrastrukturze kolejowej w Polsce nie może wykonywać przewozów pasażerskich z prędkością wyższą niż 130 km/h, gdyż do prowadzenia pojazdów z prędkością 160 km/h dopuszczone są w Polsce jedynie niektóre lokomotywy elektryczne (pismo Prezesa UTK z dnia 28.07.2009 r., znak TTZ-076/08/JO/2009). Ponadto z pism tych wynika jednoznacznie, że pojazdy wymienione w wykazie dostaw załączonym do oferty Konsorcjum PESA (str. 80), tj. EZT typu 16 WEK, nie mogą obecnie wykonywać kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością wyższą niż 130 km/h (pismo Prezesa UTK z dnia 7.09.2009 r., znak TTZ-076/1 I/JO/2009).

Załączone pisma Prezesa UTK potwierdzają także, iż eksploatacja EZT z prędkością 160 km/h w warunkach polskich wymaga dwuosobowej obsługi trakcyjnej (pismo Prezesa UTK z dnia 28.07.2009 r., znak TTZ-076/08/JO/2009), a z treści terminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji Nr T/2007/0126 z dnia 27.06.2007 r. wynika jednoznacznie, że EZT typu 16 WEK jest przystosowany do obsługi jednoosobowej. Tym samym, choćby z tego powodu, należy uznać, że EZT typu 16 WEK nie są także przystosowane konstrukcyjnie do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h (tj. gdyby nawet hipotetycznie uznać, że wymóg wiedzy i doświadczenia dotyczył właśnie tegoż przystosowania).

Z załączonych pism Prezesa UTK wynika natomiast jednoznacznie, iż zapis o prędkości 160 km/h w terminowym świadectwie dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr T/2007/0126 z dnia 27.06.2007 r. wydanym przez Prezesa UTK oznacza jedynie zgodę na prowadzenie prób eksploatacyjnych pod nadzorem upoważnionej jednostki i nie może być interpretowany jako jednoznaczny z dopuszczeniem do eksploatacji

z prędkością co najmniej 160 km/h (pismo Prezesa UTK z dnia 7.09.2009 r., znak TTZ-076/11/JO/2009), pismo z dnia 28.07.2009 r., znak TTZ-076/08/JO/2009, pismo z dnia 16.07.2009 r., znak TTZ-076/05/BC/2009). Zamawiający błędnie zatem interpretuje treść ww. świadectwa. Podkreślenia wymaga, że wykładnia stanowiska i decyzji Prezesa UTK należy do Prezesa UTK, a nie innych podmiotów działających w branży kolejowej, na co Prezes UTK wskazał również w załączonym piśmie z dnia 7.09.2009 r., znak TTZ-076/11/JO/2009.

Podnoszę jednocześnie, że termin „przystosowanie konstrukcyjne pojazdu do wykonywania przewozów z prędkością 160 km/h” jest pojęciem ścisłym. Z literatury przedmiotu wynika, że obejmuje ono parametry konstrukcyjne, które mają wpływ na bezpieczne i prawidłowe działanie pojazdu szynowego, takie, jak w szczególności moc systemu napędowego, wytrzymałość konstrukcji pojazdu, przystosowanie konstrukcji kabiny maszynisty do obsługi dwuosobowej, układ klimatyzacji itp. W świetle obowiązujących w Polsce przepisów prawa jedynym dokumentem potwierdzającym przystosowanie konstrukcyjne EZT do realizowania kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h na sieci kolejowej w Polsce jest bezterminowe świadectwo dopuszczenia typu pojazdu kolejowego do eksploatacji z maksymalną prędkością eksploatacyjną 160 km/h, wydane przez Prezesa UTK.

Jednocześnie przedłożył opinię prof. Józefa M., która wykazuje, iż wymóg, aby w EZT poruszających się z prędkościami ponad 160 km/h znajdowały się dwa stanowiska pozwalające na obsługę EZT przez dwóch operatorów, podyktowany jest bezwzględными wymogami bezpieczeństwa, jeśli chodzi o możliwość:

- zastąpienia jednego z członków obsługi drugim w razie konieczności (np. zasłabnięcia);
- zapewnienia odpowiedniego czasu reakcji obsługi na znaki kolejowe i wyhamowania EZT w odpowiednim czasie, co ma znaczenie ze względu na rozstawienie znaków kolejowych w polskiej infrastrukturze kolejowej.

Z opinii powyższej wynika jednoznacznie, iż wymóg zapewnienia równoczesnego dostępu przez dwóch członków obsługi do pulpitu sterowniczego EZT mającego poruszać się z szybkością ponad 160 km/h, a przewidziany w przepisach prawa, jest koniecznością techniczną, która nie może być lekceważona w niniejszym postępowaniu. Zamawiający musi mieć pewność, iż wyłoniony w przetargu wykonawca posiada doświadczenie w dostawie EZT zapewniających zachowanie wymogów bezpieczeństwa eksploatacji. Jedynym organem w Polsce, który jest w stanie to potwierdzić - w zakresie dostaw EZT na rzecz polskich podmiotów - jest Prezes UTK. Konsorcjum PESA nie przedstawiła decyzji Prezesa UTK potwierdzającej dopuszczenie EZT (których dostawy tenże wykonawca przedstawia jako spełnienie warunku doświadczenia) do ruchu przy szybkościach ponad 160 km/h, a tym samym wypaczony zostaje cel przetargu i zniweczony zamiar Zamawiającego wyboru

wykonawcy celem unowocześnienia taboru kolejowego mającego poruszać się w Polsce z większymi szybkościami. Jedynie ostateczna decyzja Prezesa UTK o dopuszczeniu do eksploatacji typu pojazdu dałaby na gruncie prawa polskiego Zamawiającemu pewność co do takiego doświadczenia, a nie daje jej terminowe świadectwo, pozwalające dokonywać jedynie prób eksploatacyjnych w celu weryfikacji przydatności EZT do ruchu z prędkością ponad 160 km/h.

Ponadto Odwołujący podtrzymał zarzut, iż list referencyjny z dnia 8.09.2008 r., przedłożony na potwierdzenie należytego wykonania umowy dostawy 11 EZT, zawiera nieprawdziwe stwierdzenia, iż umowa ta została należycie wykonana. Przedmiot umowy dostawy 11 EZT obejmował bowiem m.in. sporządzenie i uzyskanie zatwierdzenia Dokumentacji Technologicznej Systemu Utrzymania zwana dalej: „DTSU” (§ 2 umowy dostawy 11 EZT). DTSU zatwierdzona przez Prezesa UTK miała być dostarczona Zamawiającemu wraz z dostawą pierwszego pojazdu (§ 3 ust. 2 umowy). Zgodnie z § 6 ust. 2 umowy DTSU miała być odebrana przez Zamawiającego po zatwierdzeniu przez Prezesa UTK. Spółka PESA uchybiła obowiązkowi wynikającemu z § 3 ust. 2 umowy, gdyż nie dostarczyła w dacie dostawy pierwszego pojazdu DTSU zatwierdzonej przez Prezesa UTK - dowód na tę okoliczność zostanie przedłożony na rozprawie.

Podkreślił, że DTSU obejmuje dokumenty niezbędne do zarządzania utrzymaniem i utrzymania pojazdu kolejowego, a jej sporządzenie i zatwierdzenie jest związane z koniecznością spełnienia warunków bezpieczeństwa ruchu kolejowego (art. 20 ustawy o transporcie kolejowym oraz przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r.). Jest to zatem integralna część dostawy pojazdów kolejowych.

W konsekwencji należy stwierdzić, że Konsorcjum PESA składając oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w tym posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz umieszczając w wykazie wykonanych dostaw jako dostawy spełniającej wymogi Zamawiającego dostawy 11 EZT na rzecz PKP PR Sp. z o. o. i załączając informację o należyтым wykonaniu umowy dostawy 11 EZT, złożyło w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co skutkowało powinno wykluczeniem z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp). Podnosił jednocześnie, iż spełnienie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp powinno skutkować zawsze wykluczeniem z postępowania przetargowego, bez przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania sanacyjnego czy wyjaśniającego, poprzedzającego wykluczenie.

W dniu 21.09.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP - pismo z 21.09.2009 r.) Odwołujący przekazał w uzupełnieniu poprzednio prezentowanego stanowiska następujące wyjaśnienia. Zgodnie z ogłoszeniem i SIWZ oferent miał wykazać się dostawą pojazdów realizujących przewozy z szybkością powyżej 160 km/godz. Potwierdzeniem spełnienia tego

wymogu miały być dokumenty potwierdzające spełnienie tego wymagania. Konsorcjum PESA dla potwierdzenia spełnienia tego wymogu przedstawiła jedynie terminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji Prezesa UTK. Ponadto, do przystąpienia do postępowania odwoławczego, przedstawiło opinię jednostki badawczej - CNTK, datowaną na dzień 31.07.2009 r., czyli wystawioną 2 miesiące po terminie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Opinia CNTK nie może stanowić dokumentu potwierdzającego spełnianie przez Konsorcjum PESA na dzień składania ofert wymogów SIWZ. Jej obecne przedłożenie nie zmienia wniosku, iż Konsorcjum PESA powinna zostać wykluczona z postępowania, bowiem nie dysponowała na dzień składania ofert wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, jak też i dokumentem potwierdzającym tę okoliczność. Trudno uznać też opinię jednostki badawczej - CNTK, podmiotu prywatnego, działającego na zlecenie Konsorcjum PESA, które jest żywotnie zainteresowane w pozytywnym dla niego rozstrzygnięciu sporu, za pismo mające walor dokumentu de facto rozstrzygającego obecnie o wyniku przetargu. Jest to jedynie opinia podmiotu związanego z oferentem i działającego na jego zlecenie.

Wydane przez Prezesa UTK 27.06.2007 r. świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu, a przedstawione przez Konsorcjum PESA, nie potwierdza spełnienia wymagań SIWZ, bowiem jest to świadectwo terminowe, pozwalające jedynie na przeprowadzenie prób eksploatacyjnych i jest ważne tylko do 31.12.2009 r. Prezes UTK jednoznacznie stwierdził, iż świadectwo to pozwala jedynie na dokonywanie prób i testów między innymi w zakresie warunków pracy drugiej osoby z drużyny trakcyjnej (pismo Prezesa UTK z 16.07.2009 r.). W piśmie z 28.07.2009 r. Prezes UTK jednoznacznie stwierdził, iż próby i testy muszą wykazać, że pojazd szynowy umożliwi dwuosobowej drużynie trakcyjnej obserwację szlaku.

Z wyjaśnień Prezesa UTK jednoznacznie wynika, że jedynym dokumentem mogącym wykazać spełnienie przez pojazd szynowy wymogu dopuszczenia do ruchu i eksploatacji z pasażerami z szybkością ponad 160 km/godz. jest wyłącznie bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu, wydawane przez Prezesa UTK. Konsorcjum PESA nie była na dzień składania ofert (a co więcej - nadal nie jest) w stanie wykazać wymaganego przez SIWZ doświadczenia i wiedzy w postaci dokumentu potwierdzającego dopuszczenie produkowanych przez nią pojazdów do ruchu z szybkością ponad 160 km/godz. Wymogu tego nie spełnia obecnie jakikolwiek pojazd eksploatowany w Polsce (pismo Prezesa UTK z 28.07.2009 r.). Nawet, gdyby przyjmować nieprawdziwe stwierdzenie Zamawiającego, że przedstawiony w SIWZ wymóg dotyczył dostarczenia pojazdów jedynie konstrukcyjnie przystosowanych do ruchu z szybkością ponad 160 km/godz., to powyższa argumentacja w pełni obala twierdzenie Konsorcjum PESA, iż spełnia ten wymóg. Jedynym dokumentem jaki może potwierdzać, iż dany pojazd jest przystosowany konstrukcyjnie do ruchu z szybkością ponad 160 km/godz., jest bezterminowe świadectwo typu wydawane

przez Prezesa UTK. Nie może takiego dokumentu zastępować opinia prywatna CNTK, która może być zweryfikowana w toku prób eksploatacyjnych i nie zmusza Prezesa UTK do wydania bezterminowego świadectwa typu. „Ostateczne określenie dopuszczalnej prędkości eksploatacyjnej pojazdu nastąpi w świadectwie bezterminowym” (pismo Prezesa UTK z 28.07.2009 r.). Konstrukcja pojazdu dopuszczanego do ruchu z szybkością 160 km/godz. musi zapewniać możliwość obserwacji szlaku kolejowego jednocześnie przez dwóch członków drużyny trakcyjnej (pismo Prezesa UTK z 28.07.2009 r.). Wymóg taki wynika z przepisów (rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 18.07.2005 r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego sygnalizacji) i jest podyktowany względami bezpieczeństwa. Załączona opinia prof. M. oraz pismo Ministra Infrastruktury wyjaśniają zasadność tego wymogu. W piśmie z 2.07.2009 r., skierowanym do posła RP, Minister Infrastruktury wyjaśnił, iż: „przy prowadzeniu pociągu z prędkością 160 km/h (...) pociąg pokonuje odległość 2.664 m w ciągu minuty. W tym czasie maszynista musi zarejestrować w swojej świadomości i zareagować średnio na 6 sygnałów. (...) chwila nieuwagi, szczególnie przy niesprzyjających warunkach atmosferycznych, może być przyczyną katastrofy (....) Dlatego Minister Pracy i Polityki Społecznej (...) wprowadził ograniczenia w samodzielnej pracy maszynistów (....) Dlatego przepisy mówiące o konieczności jazdy w dwuosobowej obsadzie maszynistowskiej w pociągach poruszających się z prędkością ponad 160 km/h muszą być utrzymane.”. Prof. J. M. w swej opinii stwierdza, iż: „przystosowanie konstrukcyjne pojazdu do wykonywania przewozów z prędkością 160 km/h jest pojęciem ścisłym i jednoznacznym.” Obejmuje ono również warunki pracy drużyny trakcyjnej. „Kabina maszynisty powinna spełniać wymagania bezpieczeństwa pracy obsługi i ergonomii, zapewniać izolację dźwiękochłonną i termiczną oraz dobrą widoczność szlaku. Pulpit sterowniczy nie może zasłaniać maszynistom szlaku. Ponadto, kabina maszynisty musi być wyposażona w dwa ergonomiczne fotele maszynisty i jego pomocnika, rozmieszczone obok siebie, celem obserwowania szlaku i sygnałów przytorowych. Konstrukcja kabiny maszynisty, a w szczególności rozkład siedzeń, musi zapewniać drugiemu maszyniście pełną widoczność szlaku i wszystkich sygnałów w takim zakresie, jak to ma miejsce w przypadku fotela pierwszego maszynisty. Należy nadmienić, że zadaniem drugiego maszynisty jest dokładna obserwacja szlaku i sygnałów na urządzeniach przytorowych i odpowiednie reagowanie na nie, jeżeli główny maszynista nie zauważy sygnału na urządzeniu przytorowym lub się opóźni z reakcją na ten sygnał. W razie potrzeby (zastąpienie pierwszego maszynisty) drugi maszynista przejmuje pełną odpowiedzialność za prowadzenie pojazdu oraz odpowiedzialność za pasażerów i pojazd”.

Prof. J. M. wskazuje, iż biorąc pod uwagę czas reakcji maszynisty przy szybkościach powyżej 160 km/godz. ważne jest, aby obaj maszyniści mogli jednocześnie i w tym samym czasie obserwować szlak i mieć pełne pole widzenia z pojazdu. Pojazdy Konsorcjum PESA

nie umożliwiają takiego rozkładu foteli maszynistów, by każdy z nich mógł obserwować szlak i w razie potrzeby jeden przejął od drugiego obsługę pulpitu sterowniczego. Wystarczy jako dowód zdjęcia kabiny maszynisty oraz schemat pojazdu dostarczonego przez Konsorcjum PESA. Nie ma w pomieszczeniu maszynisty miejsca na wstawienie drugiego fotela w takim usytuowaniu, by pozwalało on drugiemu członkowi drużyny trakcyjnej obserwację szlaku jednocześnie z pierwszym członkiem drużyny. Gdyby jednak KIO nie było przekonane, co do faktu o braku możliwości konstrukcyjnych w tych pojazdach, wówczas zasadny jest wniosek o powołanie biegłego, nie działającego na zlecenia Konsorcjum PESA, który podejmie prace mające na celu zweryfikowanie opinii CNTK.

Jednocześnie Prezes UTK w swych pismach z 28.07.2009 r., 27.08.2009 r. i 07.09.2009 r. jednoznacznie stwierdza, iż nie istnieje dokument potwierdzający spełnienie przez pojazdy PESA wymogu przystosowania konstrukcyjnego do ruchu z szybkością ponad 160 km/godz. W piśmie z 07.09.2009 r. Prezes UTK stwierdza, iż elektryczne zespoły trakcyjne PESA uzyskały zgodę jedynie na prowadzenie prób eksploatacyjnych. Oznacza to, że nie zostały one dopuszczone do eksploatacji z prędkością co najmniej 160 km/h. W piśmie z 28.07.2009 r. Prezes UTK stwierdza, że żaden z eksploatowanych pojazdów szynowych w Polsce nie może wykonywać przewozów pasażerskich z prędkością ponad 130 km/h, ponieważ pojazdy te nie spełniają warunków rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

W przystąpieniu z dnia 18.09.2009 r. Przystępujący stwierdził, że postępowanie, w wyniku którego została zawarta umowa dostawy 11 EZT, podlegało wielu kontrolom „(..) i wszystkie te kontrole nie ujawniły wad postępowania, których możliwość istnienia sugeruje odwołujący.” Przystępujący przedstawił pismo PKP PR Sp. z o.o. z 30.07.2009 r., do którego załączono tabelę zawierającą zestawienie tych kontroli zwana dalej: „Tabela”. Dane zawarte w tabeli (sporządzonej przez PKP PR Sp. z o. - podmiot wiarygodność którego oświadczeń została zakwestionowana w niniejszym postępowaniu) bez pełnej dokumentacji - dokumentów kontroli, z których wynikałby przedmiot poszczególnych kontroli, ich zakres oraz ustalenia, nie mogą stanowić dowodu na to, że spółka PESA należycie wykonała umowę dostawy 11 EZT. Ponadto zwraca uwagę fakt, iż znaczna część informacji zawartych w tabeli dotyczy weryfikacji dokumentacji przetargowej/SIWZ (zresztą bliżej nieokreślonych postępowań), podczas gdy zarzuty Odwołującego dotyczą realizacji umowy, a nie etapu zawarcie umowy poprzedzającego), zaś inna część dotyczy zupełnie innych umów niż umowa dostawy 11 EZT. Stanowisko Odwołującego w odniesieniu do każdej pozycji z tabeli z osobna zawarte jest w załączniku do niniejszego pisma. W związku z powyższym przedstawione dokumenty nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu na odparcie twierdzenia Odwołującego, iż umowa dostawy 11 EZT została wykonana nienależycie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami ogłoszenia i SIWZ, treścią oferty Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem, przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, pismami Odwołującego z dnia 09.09.2009 r. (wpływ bezpośredni 17.09.2009 r.) oraz z dnia 21.09.2009 r. (wpływ bezpośredni 21.09.2009 r.), jak również dowodami załączonymi przez Odwołującego do protestu, odwołania, jak i pism z dnia 09.09.2009 r. oraz 21.09.2009 r. (1-§ 5 ust. 1 pkt 2 oraz § 6 ust. 3 SIWZ; 2-pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu; 3-protest Newag SA z dnia 05.05.2009 r.; 4-rozstrzygnięcie protestu z dnia 12.05.2009 r.; 5-pismo Zamawiającego z dnia 12.05.2009 r. - odpowiedź na pytanie 1; 6-załącznik nr 5 do SIWZ - Wykaz wykonanych dostaw (wzór); 7- Wykaz wykonanych dostaw dołączony przez przystępującego do oferty (str. 79-80 oferty); 8- list referencyjny z dnia 08.09.2008 r. (str. 81 oferty); 9-artykuł prasowy z dnia 05.05.2008 r. - „ED74 do przeróbki” Echo Miasta; 10-artykuł prasowy z dnia 09.05.2008 r. - „Maszynista rozpędzi się do 160 km na taborecie” Dziennik Łódzki; 11-Schemat wnętrza ED74 Bydgoscia dostarczonego przez spółkę PESA na rzecz PKP PR Sp. z o.o. z zaznaczonym jedynym fotelem w kabinie maszynisty; 12-Umowa nr RU SPOT/9/2005 z dnia 16.12.2005 r. zwana dalej: „Umową Dostawy” - § 2 i 3 wraz z aneksami z 11.04.2007 r., 17.04.2007 r., 14.06.2007 r. oraz 27.07.2007 r.; 13-protokół odbioru końcowego nr 1/001/07 z 19.07.2007 r. oraz protokoły odbioru końcowego od nr 2/002/07 do nr 11/011/07; 14-Harmonogram Wykonania Zamówienia dołączony przez spółkę PESA do oferty w postępowaniu, w którym została podpisana umowa dostawy; 15-oferta spółki PESA – opis spełnienia wymagań technicznych zgodnie z pkt 2.1 SIWZ (str. 34 oferty z 2005 r.); 16-pismo Ministra Infrastruktury z dnia 02.07.2009 r. nr TK 4j-0701-8/09 do Pani Stanisławy Prządki Pośta na Sejm RP; 17-pismo z dnia 10.06.2009 r. przesłane do Odwołującego z Urzędu Transportu Kolejowego zwanego dalej: „UTK”; 18-pisma przesłane do Odwołującego od Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego zwanego dalej: „Prezes UTK” (z dnia 16.07.2009 r. wraz z kopią z dokumentu wewnętrznego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr T/2007/0126 z dnia 27.06.2007 r., z dnia 28.07.2009 r., z dnia 07.09.2009 r.); 19-pismo Odwołującego z dnia 14.08.2009 r. do Prezesa UTK; 20-pismo PKP Intercity z dni 28.07.2009 r. do Odwołującego wraz z załącznikami kopią świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr T/2007/0126 z dnia 27.06.2007 r. oraz kopią dokumentu przedłużenia terminu ważności świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr TTZ-611/04/OK./09 z dnia 12.01.2009 r.;

21-opinią prof. Józefa M. z dnia 09.09.2009 r.; 22- tabela będąca odpowiedzią Odwołującego na tabelaryczne zestawienie kontroli przeprowadzonych w PKP PR Sp. z o.o.), a także dowodami załączonymi przez Przystępującego do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (1-wyciąg z SIWZ dotyczącego zamówienia publicznego, w wyniku udzielenia którego zawarta została umowa RU II SPOT/9/2005 z dnia 16.12.2005 r. (strona tytułowa oraz str. 50); 2-oświadczenie uprawnionej jednostki certyfikującej z dnia 31.07.2009 r., która przeprowadzała badania pojazdów typu 16Wek, serii ED 74 w zakresie wymaganym przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r.; 3-świadectwo UTK Nr T/2007/0126 z dnia 27.06.2007 r. oraz pismo Prezesa UTK z dnia 12.01.2009; 4-pismo PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z dnia 30.07.2009 r. wraz z załącznikiem tabelarycznym; 5-rozstrzygnięcie protestu Newag S.A. przez Województwo Małopolskie z dnia 15.09.2009 r.; 6-pismo PKP PR sp. z o.o. z 29.07.2009 r.) oraz dowodami przedłożonymi na rozprawie przez Odwołującego (1-pismo Prezesa UTK do Odwołującego z dnia 07.08.2009 r.; 2-pismo PKP Przewozy Regionalne do Odwołującego z dnia 31.08.2009 r.) Zamawiającego (zdjęcie wnętrza kabiny pojazdu kolejowego dostarczonego w ramach wykazywanego doświadczenia) oraz Przystępującego (wyciąg z SIWZ z 2005 r. - str. 61), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Odwołujący nie podtrzymał wniosku z pisma z dnia 21.09.2009 r. o powołanie biegłego celem zweryfikowania opinii Centrum Naukowo-Techniczne Kolejnictwa zwane dalej: „CNTK”) oraz Przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a także art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez niewykluczeni z postępowania Przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji nieodrzczenia jego oferty, Izba uznaje za niezasadne. Z uwagi na

charakter niniejszych zarzutów Izba odniesie się do nich łącznie. Ustosunkowując się oddzielnie do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia wymogu co do wiedzy i doświadczenia, jak i do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących należytego wykonania umowy dostawy będącej podstawą wykazywanego doświadczenia.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zgodnie z ogłoszeniem (pkt III.2.3) oraz SIWZ (oraz § 5 ust. 1 pkt 2) Zamawiający zawarł warunek, zgodnie z którym wykonawcy, chcący wziąć udział w postępowaniu musieli wykazać się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia oraz udokumentowania tego faktu poprzez wykazanie, że dostarczyli Zamawiającym nie mniej niż 10 szt. nowych EZT (trzy lub czteroczołowych) realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h. Na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający zażądał w ogłoszeniu (pkt III.2.3) oraz SIWZ (§ 6 ust. 4) od wykonawców dołączenia do oferty wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, z podaniem przedmiotu (typu EZT), ilości (nie mniej niż 10 szt. nowych EZT trzy lub czteroczołowych, realizujących kolejowe przewozy pasażerskie z prędkością co najmniej 160 km/h), dat wykonania i odbiorców - z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należyście.

W rozstrzygnięciu z dnia 12.05.2009 r. (str. 2) protestu z dnia 04.05.2009 r. Wykonawcy Newag SA oraz wyjaśnieniach z 12.05.2009 r. - odpowiedź na pytanie 1 (str.1) Zamawiający wskazał, że: *„Zamawiający w SIWZ jasno określił, że Wykonawca powinien udokumentować, iż dostarczone przez niego wcześniej EZT były przystosowane konstrukcyjnie do realizowania przewozów z prędkością co najmniej 160 km/h. Istotne dla Zamawiającego jest zatem to, aby wykonawca legitymował się dokumentem potwierdzającym tę okoliczność. Przystosowania konstrukcyjnego nie można utożsamiać natomiast z faktycznie osiąganą maksymalną prędkością.”* Zamawiający w wyniku rozstrzygnięcia protestu oraz odpowiedzi nie dokonał zmiany warunku.

Ponadto, Zamawiający w § 3 zawarł opis przedmiotu zamówienia ze stosownym odesłaniem do załącznika nr 2 do SIWZ. W ramach niniejszego załącznika zawarł m.in. zapis, że niniejsza specyfikacja zawiera zbiór wymagań technicznych dla elektrycznego zespołu trakcyjnego (EZT) przeznaczonego do prowadzenia pociągów z prędkością nie mniejsza niż 160 km/h (pkt 1.1). EZT musi posiadać świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego (..) wydane przez Urząd Transportu Kolejowego

zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 30.04.2004 r. (..) ważne od momentu dostawy. Dopuszcza się przedstawienie terminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego z chwila dostarczenia pierwszego EZT. W takim przypadku badania i próby eksploatacyjne będą wykonywane u Zamawiającego. W przypadku przedstawienia terminowego (tymczasowego) świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Odbiorcy bezterminowe świadectwo (...) przed wygaśnięciem terminu ważności świadectwa tymczasowego (pkt 1.3).

Konsorcjum PESA załączyło do oferty wykaz wykonanych dostaw (str. 79-80 oferty), z którego wynikało, iż w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania dostarczyła: 11 szt. czteroczłonowych EZT typu 16 WEK, oznaczenie kolejowe ED74, na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie w okresie od 24.07.2007 r. do 31.12.2007 r. (poz. 1 wykazu); 2 szt. czteroczłonowych EZT typu 16 WEK, oznaczenie kolejowe ED74, na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie w dniu 29.08.2008 r. (poz. 2 wykazu) oraz 1 szt. czteroczłonowych EZT typu 16 WEK, oznaczenie kolejowe ED74, na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w W-wie w dniu 17.07.2008 r. (poz. 3 wykazu). Na potwierdzenie, że ww. dostawy zostały należycie wykonane Konsorcjum PESA dołączyła do oferty list referencyjny (str. 81 oferty) wystawiony przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o., Biuro Utrzymania Taboru, Wydział Konstrukcji i Rozwoju Taboru, ul. Kolejowa 5, 60-715 Poznań w dniu 08.09.2008 r. podpisany przez Naczelnika Wydział Konstrukcji i Rozwoju Taboru Pana Marka P.

Zamawiający wezwał Konsorcjum PESA pismem z dnia 15.06.2009 r. do wyjaśnienia treści złożonego wraz z ofertą Wykazu wykonanych dostaw, tj. czy wskazane w Wykazie ezt, które zostały dostarczone do PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. w Warszawie, były przystosowane konstrukcyjnie do realizowania przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h. W odpowiedzi z dnia 16.06.2009 r. Przystępujący wyjaśnił, iż wskazane ezt są przystosowane konstrukcyjnie do eksploatacji z prędkością 160 hm/h, a na potwierdzenie tego faktu załączył kopią świadectwa nr T/2007/0126 wydanego przez Prezesa UTK wraz pismem TTZ-611/04/OK./09.

Odnosząc powyższe ustalenia do przedłożonego przez strony i Przystępującego materiału dowodowego, Izba kierując się art. 188 ust. 7 Pzp stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, względem zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia wymogu co do wiedzy i doświadczenia, Izba uznaje stanowisko Odwołującego w tym zakresie za nietrafne. W ocenie Izby warunek postawiony przez Zamawiającego względem wymaganej wiedzy i doświadczenia odnosił się do przystosowania konstrukcyjnego do realizowania przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160

km/h, a nie do faktycznej realizacji przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h, czyli Wykonawcy mieli wykazać się, że dostarczyli nie mniej niż 10 szt. nowych EZT (trzy lub czteroczlonowych) przystosowanych konstrukcyjnie (a nie „jeżdżących”) do realizowania przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h. Izba wskazuje, że SIWZ zawiera w § 6 ust. 4 sformułowanie: „*wykazu wykonanych dostaw (..) odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia (..)*”. Zaś w załączniku nr 2 do SIWZ jest mowa że przedmiotem zamówienia są ezt przeznaczone do prowadzenia pociągów z prędkością nie mniejsza niż 160 km/h (pkt 1.1). W ocenie Izby z tych powodów Zamawiający nie uznał protestu Wykonawcy Newag SA, nie zmienił warunku i zawarł w wyjaśnieniach z 12.05.2009 r. - odpowiedź na pytanie 1 sformułowanie: „*Zamawiający w SIWZ jasno określił (..)*”. Z tych względów stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 09.09.2009 r. (wpływ 17.09.2009 r.) o „*pustym*” odesłaniu jest nietrafne. W ocenie Izby z całokształtu stanowiska w tym zakresie (ewoluującego w obu kierunkach), wynikającego z przedłożonych 4 pism (protestu, odwołanie, pisma z dnia 09.09.2009 r. oraz 21.09.2009 r.) wynika, że Odwołujący miał świadomość powyższego faktu. Ponadto, Odwołujący poprzez sformułowanie w piśmie z dnia 09.09.2009 r.: „*żadne z postanowień SIWZ dotyczące warunku wiedzy i doświadczenia takiego określenia nie zawiera*” niewątpliwie dostrzegł określone zapisy SIWZ, jednakże błędnie uznał je za nieistotne nie dostrzegając zawartego § 6 ust. 4 SIWZ powiązania. Izba zwraca także uwagę, że w ramach przywołanego rozstrzygnięcia protestu i wyjaśnień Zamawiającego dokonał jednoznacznej wykładni autentycznej niniejszego warunku, która została upubliczniona (oba pisma) na jego stronie internetowej. Powyższe miała charakter wiążący dla wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania.

Poza tym, Odwołujący nie wykazał mimo obszernego materiału dowodowego, że przedmiot dostawy jaką wykazał się Przystępujący nie może realizować przewozów z prędkością 160 km/h. Fakt niedostosowania linii kolejowej Warszawa – Łódź na której kursują dostarczane w ramach wykazywanej dostawy EZT o tym nie świadczy. Zamawiający i Przystępujący nie zaprzeczali takiemu stanowi rzeczy i w ocenie Izby nie ma ona znaczenia dla przedmiotowej sprawy, jak i przedłożone m.in. na tą okoliczność artykuły prasowe.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, że także biorąc pod uwagę przystosowanie konstrukcyjne Przystępujący nie wykazał się wymaganym doświadczeniem. Izba stwierdza, że Przystępujący złożył wymagany wykaz w ofercie wraz z referencją. Izba w tym miejscu potwierdza stanowisko wyrażone w orzecznictwie, a przywołane przez Przystępującego, że to wykaz jako oświadczenie woli ma decydujące znaczenie w ocenie spełnienia postawionego warunku. Referencje miały potwierdzać należyte wykonanie dostawy i to czynią, ich charakter jest ukształtowany w orzecznictwie jako oświadczenia wiedzy. Ponadto, wbrew stanowisku Odwołującego referencja pozwala na identyfikację i jednoznacznie odnosi

się do wykazu. Kwestia innego podmiotu wystawiającego referencje ma charakter pozorny i wyjaśnienia w tym zakresie Przystępującego Izba uznaje za zasadne, w szczególności za przesądzające jest wskazanie numeru NIPu takiego, jak mają PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Ponadto, dowód załączony do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. pismo PKP PR sp. z o.o. z 29.07.2009 r. ostatecznie w oceni Izby rozstrzyga kwestie tak zgodności podmiotu wystawiającego referencje z podmiotem wskazanym w wykazie, jak i dysponowania przez osobę podpisującą referencje do występowania w imieniu PKP PR Sp. z o.o. W tym zakresie i nie tylko wyjaśnienia z 15.06.2009 r. skierowane przez Zamawiającego oraz uzyskane odpowiedzi z dnia 16.06.2009 r. Izba uznała za wystarczające. Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert świadectw terminowych, czy też bezterminowych. Uzyskana w ramach odpowiedzi z dnia 16.06.2009 r. kopia świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr T/2007/0126 z dnia 27.06.2007 r. oraz kopia dokumentu przedłużenia terminu ważności świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr TTZ-611/04/OK./09 z dnia 12.01.2009 r. potwierdzały literalnie prędkość eksploatacyjną 160 km/h, ich ważność uwzględniając przedłużenie z dnia 12.01.2009 r. upływa 31.12.2009 r. Izba wskazuje, że mimo literalnego wskazywania w świadectwie z dnia 27.06.2007 r. przystosowania do obsługi jednoosobowej fakt, że przedłużenie nie porusza tej kwestii, a tylko kwestie sprawdzenia funkcjonalności układu klimatyzacji po dokonaniu regulacji (zmiany w oprogramowaniu) układu sterowania systemem klimatyzacji pojazdu świadczy na korzyść argumentacji Przystępującego oraz Zamawiającego i pozwala uznać dowód Przystępującego (wyciąg z SIWZ z 2005 r. - str. 61) oraz dowód Zamawiającego (zdjęcie wnętrza kabiny pojazdu kolejowego dostarczonego w ramach wykazywanego doświadczenia). Dowód złożony przez Odwołującego, tj. schemat wnętrza ED74 Bydgoscia dostarczonego przez spółkę PESA na rzecz PKP PR Sp. z o.o. z zaznaczonym jedynym fotelem w kabinie maszynisty jest bez znaczenia wobec wskazanej wyżej okoliczności wynikającej z przedłużenia świadectwa terminowego dostosowania. Wobec powyższego całą argumentację w tym zakresie Odwołującego także wynikającą z pism pochodzących od Presa UTK oraz opinię prof. Józefa M. z dnia 09.09.2009 r. Izba uznaje za bezprzedmiotową, tym bardziej że terminem składania ofert był 05.06.2009 r. W ocenie Izby pojazd został konstrukcyjnie dostosowany do wymogu wynikającego z § 21 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.07.2005 r. Należy także wskazać, że jest oczywiste, że określenie ostatecznej dopuszczalnej prędkości eksploatacyjnej nastąpi w świadectwie bezterminowym, jest jednakże także oczywiste, że już w świadectwie terminowym była wskazana prędkość eksploatacyjna 160 km/h, dlatego wszelka argumentacja w tym zakresie Odwołującego także wynikającą z pism pochodzących od Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego Izba uznaje za bezprzedmiotową. Wymóg prędkość eksploatacyjnej wynikał

także jak wykazał Przystępujący z SIWZ z 2005 r. (dowód załączony przez Przystępującego - wyciąg z SIWZ dotyczącego zamówienia publicznego, w wyniku udzielenia którego zawarta została umowa RU II SPOT/9/2005 z dnia 16.12.2005 r. - strona tytułowa oraz str. 50) oraz znalazł potwierdzenie w ofercie przedłożonej w 2005 r. (dowód: oferta spółki PESA – opis spełnienia wymagań technicznych zgodnie z pkt 2.1 SIWZ - str. 34 oferty z 2005 r. przedłożony przez Odwołującego do protestu). Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że świadectwo terminowe nie pozwala na możliwość poruszania się dostarczonych pojazdów kolejowych z prędkością 160 km/h.

Izba nie neguje treści § 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30.04.2004 r. i zawartych tam definicji świadectwa terminowego i bezterminowego. Jednakże wskazuje, że nie one miały potwierdzać wymagane doświadczenie. Poza tym, oba świadectwa, w tym także terminowe jest poprzedzone stosownym badaniami, wynika to m.in. ze świadectwa kopii dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr T/2007/0126 z dnia 27.06.2007 r. oraz kopii dokumentu przedłużenia terminu ważności świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr TTZ-611/04/OK09 z dnia 12.01.2009 r. Oba świadectwa mogą być także cofnięte zgodnie z § 10 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30.04.2004 r. Bezspornie kwestionowane świadectwo terminowe jest nadal ważne co wynika także z przedłożonej przez Odwołującego korespondencji z Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego, jak i samym Urzędem Transportu Kolejowego. Izba wskazuje, że z pism przedłożonych przez Odwołującego w ramach przywołanej powyżej korespondencji wynika, że aktualnie nie realizuje się w Polsce przewozów pasażerskich z prędkością 160km/h oraz co w ocenie Izby jest istotne choć w innym znaczeniu niż przypisuje to Odwołujący, że świadectwo terminowe przedłożone przez nie jest jednoznaczne z tym że EZT został dopuszczony do eksploatacji z prędkością co najmniej 160 km/h, także w kontekście przewozów pasażerskich. W ocenie Izby z korespondencji załączonej do pisma Odwołującego z dnia 09.09.2009 r., jak i pisma przedłożonego na rozprawie wynika, że Prezes Urzędu Transportu Kolejowego nie wyklucza udzielenia świadectwa bezterminowego po przejściu stosownej procedury i przedłożenia stosownych pozytywnych wyników badań. Zaś świadectwo terminowe istotnie służy przeprowadzeniu eksploatacji nadzorowanej opisanej w korespondencji m.in. w piśmie Preza Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 16.07.2009 r., czy też z dnia 07.08.2009 r. Jednakże, Izba wskazuje że takie świadectwo niezaprzeczalnie ma charakter wstępny, jest poprzedzone badaniami i nie wyklucza uzyskania świadectwa bezterminowego. To etap, który docelowo prowadzi do uzyskania świadectwa bezterminowego. Bezspornie nie zostałyby udzielone gdyby zgłoszone jednostki taboru kolejowego nie były przystosowane konstrukcyjnie w stopniu pozwalającym na ewentualne wydanie świadectwa bezterminowego. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie we wskazanym w piśmie

z dnia 10.06.2009 r. przez UTK (dowód załączony przez Odwołującego do protestu) zakresie badań i prób, których charakter *stricte* polega na sprawdzaniu w praktyce dopuszczonego pojazdu kolejowego mającego określone przystosowanie konstrukcyjne m.in. pod względem bezpieczeństwa pasażerów. Podobnie wynika z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie zakresu badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych (§ 4). Dopiero nie udzielenie świadectwa bezterminowego lub nie przedłużenie świadectwa terminowego świadczyłoby o jednoznacznym i ostatecznym nieprzystosowaniu konstrukcyjnym spornych ezt. Izba wskazuje że przedłużenie świadectwa terminowego nie mówi już o ewentualnych nieprzystosowaniach konstrukcyjnych mogących wynikać z jego pierwotnego brzmienia. Należy także wskazać, że w ocenie Izby negowanie opinii z dnia 31.07.2009 r. CNTK, której charakter jako certyfikowanej jednostki jest niezaprzeczalny nie jest do końca trafne. Mimo bowiem niepodważalnej daty po terminie składania ofert, której Izba nie kwestionuje, potwierdza ona pośrednio, że w dacie składania ofert *de facto* sporne EZT były faktycznie przystosowane konstrukcyjnie tak jak tego wymagał warunek postawiony przez Zamawiającego, mimo braku formalnego świadectwa bezterminowego. Powyższe stwierdzenie Izba dokonała biorąc pod uwagę także treść kopii przedłużenia świadectwa terminowego. W tym miejscu Izba stwierdza po raz kolejny, że Zamawiający nie żądał na potwierdzenie spełnienia warunku takiego czy innego świadectwa. W ocenie Izby wystarczającym było wykazanie się doświadczeniem nie wynikającym z formalnego ostatecznego, ale faktycznego przystosowania konstrukcyjnego. Powyższe faktyczne przystosowanie wynika zarówno ze świadectwa terminowego, jego przedłużenia, jak i opinii CNTK. Pismo Odwołującego z dnia 14.08.2009 r. do Prezesa UTK oraz pismo PKP Intercity z dnia 28.07.2009 r. do Odwołującego złożone wraz z pismem Odwołującego z dnia 09.09.2009 r. nie wpływa na zmianę stanowiska Izby w zakresie przedmiotowego zarzutu.

Po drugie, Izba uznaje stanowisko Odwołującego co do złożenia nieprawdziwych informacji przez Przystępującego dotyczących należytego wykonania umowy dostawy za chybione. Umowa, którą podważa Odwołujący jako nieważną *ab initio* nie została uznana za taką przez sąd powszechny, a tylko on jest uprawniony do powyższego. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie wystąpił do sądu o stwierdzenie nieważności umowy, ani jej części w trybie art. 146 ust. 2 Pzp. Nie dokonał także żaden inny podmiot, także nie uczynił tego Odwołujący, który ma w tym interes prawny - na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r., Nr 43 poz. 296 z późn. zm.) zwanej dalej: „Kpc” w związku z art. 58 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) zwanej dalej: „Kc”. Niniejsze stanowisko jest tym bardziej zasadne wobec brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz konsekwencji

z tego wynikających na mocy art. 24 a Pzp. Poza tym, przedłożone przez Odwołującego protokoły odbioru końcowego (11 egzemplarzy, a zwłaszcza protokół odbioru końcowego nr 1/001/07 z dnia 19.07.2007 r.) przeczą jego argumentacji i potwierdzają dodatkowo należyte wykonanie zamówienia wynikające już z referencji z 08.09.2008 r. Względem Dokumentacji Technologicznej Systemu Utrzymania, Izba uznała stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 31.08.2009 r. przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. za zasadne. Przepisy nie narzucają na Zamawiającym posiadania zatwierdzonej wskazanej wyżej dokumentacji, a narzucają jedynie konieczność złożenia jej do UTK. Powyższe wynika z § 17 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2005 r., Nr 172, poz. 1771 z późn. zm.). Niniejsza dokumentacja została dostarczona przez spółkę PESA zgodnie z umową dostawy w dniu 30.04.2007 r., a następnie złożona Prezesowi UTK przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Zapisy z § 3 ust. 2 umowy dostawy nie mogą być uznane za świadczące o nienależyтым wykonaniu umowy skoro zapisy niniejsze były dalej idące niż powszechnie obowiązujące przepisy prawa, a ewentualne badanie niezatwierdzenia dostarczonej dokumentacji do dnia 19.07.2007 r. (termin dostawy 1 pojazdu kolejowego według aneksu nr 3 do umowy dostawy), winno uwzględniać obiektywne czynniki administracyjne oraz winę lub jej brak po stronie spółki PESA. Z tych względów Izba nie uznała za miarodajny Harmonogram Wykonania Zamówienia dołączony przez spółkę PESA do oferty w postępowaniu, w którym została podpisana umowa dostawy. Nadto, Izba wskazuje, że w jej ocenie pismo PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. przedłożone wraz załącznikiem tabelarycznym przez Przystępującego do przystąpienia do postępowania odwoławczego potwierdzają zasadność jego stanowiska i czynią wszelką argumentację w tym zakresie Odwołującego chybioną. Przekazanie kwoty płatności końcowej dofinansowania Projektu ze środków UE świadczy niezbicie o prawidłowej realizacji umowy dostawy. W konsekwencji nie można uznać 4 aneksy do umowy dostawy za naruszające art. 144 Pzp. Załącznik tabelaryczny Odwołującego załączony do jego pisma z dnia 21.09.2009 r. w żadnym wypadku także powyższej okoliczności nie zmienił i nie może być uznany za miarodajny dowód przeciwny. Izba uznała także argumentację Przystępującego z załączonego rozstrzygnięcia protestu Newag S.A. przez Województwo Małopolskie z dnia 15.09.2009 r., które uznał za własne. Różnice w terminie w poz. 1 wykazu dostawy dołączonego przez Konsorcjum PESA, a protokołami odbioru końcowego załączonymi przez Odwołującego nie mają znaczenia dla kwestii należytego wykonania umowy wobec jednoznacznego brzmienia wszystkich 11 protokołów odbioru końcowego, treści referencji z 08.09.2008 r. oraz nie przekroczenia ostatecznego terminu 31.12.2007 r.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a także art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez niewezwanie Konsorcjum PESA do uzupełnienia załączonego do oferty wykazu wykonanych dostaw oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w ww. wykazie względnie niewezwanie Konsorcjum PESA do złożenia wyjaśnień co do treści załączonego do oferty wykazu wykonanych dostaw oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w ww. wykazie, Izba uznała za niezasadne. Z uwagi na charakter niniejszych zarzutów Izba odniesie się do nich łącznie.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a także art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie potwierdziły się wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp są chybione.

Po drugie, Odwołujący zasadnie przywoływał orzecznictwo Izby odnośnie nie dopuszczalności wzywania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w wypadku zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp (co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym) albowiem nie można zastąpić dokumentu nieprawdziwego dokumentem prawdziwym.

Po trzecie, Izba uznaje że biorąc pod uwagę, że Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień treści przedłożonego przez Przystępującego wykazu, jak i po rozważeniu całokształtu okoliczności w przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 4 Pzp, tym bardziej, że przedłożone dokumenty potwierdzają spełnienie przez Przystępującego postawionego przez niego warunku.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Z uwagi na nienaruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a także art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak również art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, Izba uznała że naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez Zamawiającego także nie miało miejsca.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

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 /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*