

Sygn. akt: KIO 2919/13

Sygn. akt: KIO 2925/13

WYROK
z dnia 8 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**
Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2919/13 oraz sygn. akt: KIO 2925/13) przez **Odwołującego**:

a) NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt: KIO 2919/13)

b) Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska (sygn. akt: KIO 2925/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, ul. J. Brożka 3, 30-347 Kraków,

przy udziale **Wykonawców**:

a1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (sygn. akt: KIO 2919/13)

a2) Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska (sygn. akt: KIO 2919/13)

b1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (sygn. akt: KIO 2925/13)

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz

b2) NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt: KIO 2925/13)

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego:

a) NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt: KIO 2919/13)

b) Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska (sygn. akt: KIO 2925/13), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego:**

a) NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt: KIO 2919/13)

b) Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska (sygn. akt: KIO 2925/13), tytułem wpisu od odwołań,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

sygn. akt: KIO 2919/13
KIO 2925/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A., ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zakup niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 9 grudnia 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

KIO 2919/13

Dnia 19 grudnia 2013 roku wykonawca NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, Wyspiańskiego 3 (dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na: nierzetelnym badaniu i ocenie ofert dokonanej przez zamawiającego, co miało wpływ na wynik postępowania, nieuzasadnionym przyznaniu wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. po 45 punktów w kryterium: parametry techniczne - wózki jezdne, co miało wpływ na ranking ocenionych ofert, a w konsekwencji na wynik postępowania, wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez PESA Bydgoszcz.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w szczególności: art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty PESA Bydgoszcz, jako oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie zaoferowanych przez wykonawców wózków jezdnych.

Odwołujący podniósł, iż jako wykonawca, który złożył ważną ofertę w postępowaniu ma interes w uzyskaniu zamówienia. W przypadku, gdy wykonawca PESA oraz Solaris nie otrzymają punktów w kryterium oceny ofert parametry techniczne: wózki jezdne, za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta odwołującego. Na skutek oceny ofert dokonanej przez zamawiającego odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a jego interes doznał uszczerbku.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie:

- 1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.,
- 2) Solaris Bus & Coach S.A.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

KIO 2925/13

Dnia 19 grudnia 2013 roku wykonawca Solaris Bus & Coach S.A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska (dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnej z ustawą Pzp oraz zaniechania przez zamawiającego czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na: wyborze oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.. jako najkorzystniejszej pomimo istniejących przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty tego wykonawcy, zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PESA pomimo istniejących przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty tego wykonawcy, zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, mimo istniejących przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy PESA.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA pomimo, że obowiązek dokonania takiej czynności spowodowany był niezgodnością oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) ewentualnie, w zależności od dokonanych w trakcie postępowania odwoławczego ustaleń, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz.U.64.16.93 ze zmianami), poprzez wybór oferty wykonawcy PESA jako najkorzystniejszej pomimo, że złożona oferta jest nieważna ponieważ jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Solaris Bus & Coach S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert oraz powtórzenia tych czynności,
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy PESA,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) orzeczenie zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem gdyby zamawiający rozstrzygnął postępowanie bez naruszenia wskazanych przepisów prawnych,

to odwołujący się miałby możliwość uzyskania zamówienia. Złożona przez Solaris Bus & Coach S.A. oferta została by bowiem wybrana w przetargu przez zamawiającego, jako kolejna posiadająca najwyższą ilość punktów.

Do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego - zgłosił przystąpienie wykonawca NEWAG S.A.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca PESA Bydgoszcz S.A.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych oraz podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO 2319/13

Odwołujący Newag S.A. podniósł, co następuje.

Pismem z dnia 9 grudnia 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty PESA Bydgoszcz, jako oferty najkorzystniejszej. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Solaris, na trzecim oferta odwołującego, a na czwartym oferta konsorcjum Stadler Polska Sp. z o.o. i Stadler Panków GmbH. Kryteria oceny ofert w postępowaniu zostały opisane przez zamawiającego w rozdziale XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przedstawiały się następująco: - Cena 55%; - Gwarancja na tramwaje ponad 24 miesiące - 5%; - Parametry techniczne 40%. Na parametry techniczne składało się przyznanie punktów m.in. za wózki jezdne. W ramach kryterium wózki jezdne za wózki jezdne obrotowe z czopem skreću wykonawca otrzymywał 45 pkt, za wózki jezdne obrotowe inne niż wózki

jezdne obrotowe z czopem skrętu wykonawca otrzymywał 0 pkt. Zarówno PESA, jak i Solaris otrzymały 45 pkt w kryterium parametry techniczne: wózki jezdne, co przyczyniło się do uznania oferty PESA za ofertę najkorzystniejszą, oraz zajęcie drugiej pozycji w rankingu ofert przez ofertę Solaris. Przyznanie punktów tym dwóm wykonawcom w kryterium wózki jezdne jest jednak nieuzasadnione, gdyż według najlepszej wiedzy odwołującego, ani PESA ani Solaris nie mogły zaoferować zamawiającemu rozwiązań warunkujących przyznanie punktów zgodnie z s.i.w.z.

Zgodnie z dokumentacją postępowania, aby oferta złożona przez wykonawcę była zgodna z treścią s.i.w.z. i gwarantowała przyznanie punktów w kryterium: parametry techniczne: wózki jezdne zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli oświadczenie (wzór załącznik nr 6 do s.i.w.z.), zgodnie z którym zaoferują zamawiającemu:

rozwiązanie 1: wózki obrotowe: toczne i napędowe z czopem skrętu o rozstawie osi w wózku 1800 mm sprawdzone eksploatacyjnie w przynajmniej pięciu eksploatowanych tramwajach (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych) przed upływem terminu składania ofert, lub

rozwiązanie 2: wózki obrotowe: toczne i napędowe o rozstawie osi w wózku 1800 mm z czopem skrętu obrotowym, które wprawdzie nie zostały sprawdzone eksploatacyjnie w przynajmniej pięciu eksploatowanych tramwajach (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych) przed upływem terminu składania ofert, ale posiadają podzespoły tj. silniki i przetwornice trakcyjne, przekładnie i zestawy kołowe sprawdzone w eksploatacji w przynajmniej 5 eksploatowanych tramwajach (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych) przed upływem terminu składania ofert, przy czym jeśli wykonawca skorzysta z rozwiązania nr 2 i chce otrzymać punkty w kryterium parametry techniczne: wózki jezdne, to podzespoły, które oferuje zamawiającemu (silniki, przetwornice trakcyjne, przekładnie oraz zestawy kołowe) musiały być nie tylko sprawdzone w eksploatacji w przynajmniej 5 eksploatowanych tramwajach (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych) przed upływem terminu składania ofert, ale musiały być sprawdzone w eksploatacji w przynajmniej 5 eksploatowanych tramwajach (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych), w których ramy i belki bujakowe posiadały czop skrętu oraz:

- a) ramy i belki bujakowe, które miały czop skrętu były sprawdzone w eksploatacji w przynajmniej 5 eksploatowanych tramwajach (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych) przed upływem terminu składania ofert lub
- b) ramy i belki bujakowe, które miały czop skrętu nie były sprawdzone w eksploatacji w przynajmniej 5 eksploatowanych tramwajach (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych) przed upływem terminu składania ofert, **ale są tego samego typu (lecz niekoniecznie identyczne), co ramy i belki bujakowe z czopem skrętu w wózkach oferowanych.**

Powyższe wynika m.in. ze specyfikacji technicznej tramwaju przygotowanej przez zamawiającego - załącznik nr 1 do s.i.w.z., m.in. pkt A.I.6.2 i B.II.7.3 oraz odpowiedziami zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 12.09.2013 r. oraz 27.09.2013 r.

Ostatnia (wytluszczone przez odwołującego) część rozwiązania nr 2 sugeruje, zdaniem odwołującego, że zamawiający dopuścił możliwość rozdzielenia rozwiązań wpisanych w załącznik nr 6 do s.i.w.z. (tj. wózków jezdnych z czopem skrętu wpisanych w załącznik nr 6 do s.i.w.z.), od tych, które ostatecznie zostaną zaoferowane zamawiającemu.

W tym przypadku istotne było jednak dla zamawiającego, aby ramy i belki bujarkowe wykazane w załączniku nr 6 (w których pracowały podzespoły), które nie były sprawdzone w eksploatacji, były tego samego typu, co ramy i belki bujarkowe, które wykonawca faktycznie zaoferował zamawiającemu w postępowaniu przedkładając na tę okoliczność (dołączając do oferty), np. odpowiednie rysunki.

Mając na uwadze powyższe warunki, według najlepszej wiedzy odwołującego, ani wykonawca PESA, ani wykonawca Solaris nie mógł złożyć oświadczenia w załączniku nr 6 do oferty, które dawałoby mu możliwość przyznania punktów w kryterium parametry techniczne: wózki jezdne.

Oferta PESA Bydgoszcz.

Zgodnie z pkt A.I.6.4. s.i.w.z. oferta wykonawcy musiała zawierać oświadczenie razem z wykazem wózków i podzespołów przygotowane zgodnie z załącznikiem nr 6 do s.i.w.z. W załączniku nr 6 do s.i.w.z., załączonym do oferty, wykonawcy składali oświadczenie, że zastosowane zespoły i układy w oferowanym tramwaju są produkowane seryjnie, tj. ich niezawodność została potwierdzona w eksploatacji w ilości nie mniejszej niż w 5 sztukach tramwajów (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych) zgodnie z wykazem, który stanowił część załącznika nr 6 do s.i.w.z., a w którym wykonawcy mieli wypełnić tabele dotyczące rodzajów wózków napędowych (obrotowych) oraz rodzajów wózków tocznych (obrotowych), a także elementy/podzespoły układu napędowego, tj. silnik, przekładnia, przetwornica trakcyjna, zestaw kołowy. Konieczne było wskazanie również nazwy producenta zespołu, układu i oznaczenie handlowe (symbol) zastosowanego zespołu, układu; ilość i typ tramwaju, w którym zastosowano wskazane zespoły, układy; data/rok zamontowania wskazanych zespołów, układów zastosowanych w tramwajach; nazwa i adres użytkownika wskazanego tramwaju. Zamawiający wymagał również od wykonawców, aby w Formularzu Ofertowym (pkt 17) dożyli oświadczenie, jakie części zamówienia powierzą podwykonawcom w trakcie realizacji zamówienia.

PESA w załączonym do oferty Formularzu Ofertowym nie wskazała części zamówienia, które zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom oraz wyraźnie oświadczyła, że zamówienie wykona w całości bez udziału podwykonawców. Mimo, że PESA zastrzegła techniczną część swojej oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, konsekwencją oświadczenia

czopem skrętu w których te podzespoły pracowały, były w taki sam sposób jak podano wyżej sprawdzone w eksploatacji lub były tego samego typu (lecz niekoniecznie identyczne), co ramy i belki bujarkowe z czopem skrętu w wózkach oferowanych?”.

Zamawiający odpowiedział jedynie „Tak”.

Podobnie w wyjaśnieniach z dnia 27.09.2013 r. w odpowiedzi na pytanie nr 3 w brzmieniu: „Dotyczy SIWZ Rozdział I i punkt 3 oraz Specyfikacja Techniczna Tramwaju punkt A.I.6.2. - W świetle odpowiedzi na pytanie 43 pismo FZ/ZP/3115/13 z dnia 12.09.2013 r. prosimy o potwierdzenie, że oferowane wózki obrotowe - toczne i napędowe - o rozstawie osi w wózku 1800 mm muszą być podzespołem sprawdzonym eksploatacyjnie w przynajmniej pięciu eksploatowanych tramwajach (3 -członowych, na czterech wózkach obrotowych) przed upływem terminu składania ofert **lub posiadały podzespoły ti. silniki i przetwornice trakcyjne, przekładnie i zestawy kołowe sprawdzone w eksploatacji w przynajmniej pięciu eksploatowanych tramwajach przed upływem terminu składania ofert** w takich okolicznościach, że ramy i belki bujarkowe z czopem skrętu **lub łożyskiem skrętu w których te podzespoły pracowały**, były w taki sam sposób jak podano wyżej sprawdzone w eksploatacji lub były tego samego typu (lecz niekoniecznie identyczne), co ramy i belki bujarkowe z czopem skrętu w wózkach oferowanych?”.

Zamawiający odpowiedział jedynie „Tak”.

Na uwagę zasługuje pominięcie przez odwołującego (pomimo przywołania odpowiedzi zamawiającego z dnia 27.09.2013 r.) w treści odwołania części wyżej cytowanego pytania nr 3, tj. fragmentu **„lub łożyskiem skrętu w których te podzespoły pracowały”**.

Przystępujący wskazuje, że interpretacja powyższych odpowiedzi zaproponowana przez odwołującego zmierza do zniekształcenia treści oświadczeń zamawiającego i zmiany wymogów określonych w s.i.w.z., do czego nigdy nie doszło. Zamawiający w toku całego postępowania zmian nie dokonał. Zarówno punktu A.I.6.2. oraz treść załącznika nr 6 do s.i.w.z. pozostały bez zmian w stosunku do swej pierwotnej treści. Zatem nawet jeżeli zamawiający, jak chce tego odwołujący poszerzył zakres warunków które winny być spełnione to nie znalazło to odzwierciedlenia w treści oświadczeń oczekiwanych od wykonawców.

Myli się też odwołujący, w swym twierdzeniu, że w oświadczeniu zawartym w załączniku nr 6 wykonawcy **musieli** zawrzeć oświadczenie razem z wykazem wózków i podzespołów w nim wskazanych, bowiem jak wynika to z treści punktu A.I.6.2. oświadczenie zawarte w załączniku nr 6 miało potwierdzić spełnienie alternatywnie określonych tam warunków. Ponieważ w treści postanowienia zastosowano alternatywę łączną **„lub”** istniały trzy prawidłowe sposoby wypełnienia tego oświadczenia:

- 1) wypełnienie wyłącznie rubryk dot. wózków napędowych i tocznych,

2) wypełnienie wyłącznie rubryk dot. wymienionych elementów/podzespołów układu napędowego,

3) wypełnienie wszystkich rubryk wymienionych w pkt 1 i 2.

Wbrew twierdzeniom odwołującego nie było też nie tylko potrzeby, ale nawet możliwości składania przez wykonawców oświadczenia o treści wskazanej w załączniku nr 6 do s.i.w.z. w odniesieniu do podzespołów takich jak ramy i belki bujarkowe. Zamawiający oczekiwał złożenia oświadczenia o ściśle określonej treści jedynie uzupełnionego w zakresie wolnych rubryk i nie dopuszczał jego modyfikacji poprzez dodanie przez wykonawcę kolejnych podzespołów.

Przystępujący podniósł, że wbrew twierdzeniom odwołującego zaoferowanie przez PESA wózków obrotowych z czopem skrzętu i belką bujarkową przy braku wskazania przez PESA podwykonawców nie oznacza, że PESA wskazała w załączniku nr 6 wózki jezdne wyprodukowane samodzielnie, które posiadają czop skrzętu. Zgodnie bowiem z przywołaną już treścią punktu A.I.6.2., A.I.6.4 załącznika nr 1 oraz załącznika nr 6 nie było takiej potrzeby. PESA spełniła wymóg określony przez zamawiającego poprzez wskazanie konkretnych sprawdzonych w eksploatacji typów podzespołów wymienionych w załączniku nr 6.

Zatem podsumowując, aby uzyskać 45 punktów za wózki jezdne w ramach kryterium oceny ofert określonego jako parametry techniczne należało:

- 1) zaoferować wózki z czopem skrzętu,
- 2) spełnić kryteria określone w punkcie A.I.6.2. załącznika nr 1 do s.i.w.z.,
- 3) złożyć oświadczenie wymagane zgodnie z punktem A.I.6.2 załącznika nr 1 do s.i.w.z. zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 6 do s.i.w.z.

Wobec powyższego PESA oświadczyła, że:

- 1) zaoferowała wózki obrotowe z czopem skrzętu - toczne i napędowe w całości zgodne z punktem A.I.6.2. oraz B.II.7 załącznika nr 1 do s.i.w.z.,
- 2) złożyła oświadczenie zgodne ze wzorem zawartym w załączniku nr 6 do s.i.w.z. w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Powyższe zgodne jest w pełni z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uzasadnia przyznanie PESA punktów za wózki jezdne w ramach parametrów technicznych kryteriów oceny ofert. Wszelkie twierdzenia odwołującego się w powyższym zakresie są nieprawdziwe i oparte na niezrozumieniu treści s.i.w.z. i zmian do niej, bądź też manipulowaniu jej treścią.

Odnosząc się do pozostałych kwestii podniesionych przez odwołującego przystępujący podniósł, co następuje.

Jeżeli chodzi o brak wskazania podwykonawców zamówienia, to w powyższym zakresie PESA oświadczyła, iż nie mogła wskazać podwykonawcy bowiem nie przewiduje wykonania

któregokolwiek z tramwajów objętych przedmiotowy zamówieniem przez inny podmiot, a tylko taka okoliczność nakazywałaby złożenie pozytywnego oświadczenia w tym zakresie i wskazanie konkretnego podwykonawcy. Ewentualna dostawa przez inne podmioty podzespołów do produkowanych tramwajów nie jest kwalifikowana, jako podwykonawstwo zamówienia publicznego. W przedmiotowej kwestii jednoznaczne stanowisko przedstawiła KIO w poniższych orzeczeniach:

- wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2769/12, KIO 2774/12, cyt. „Art. 36 ust 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, odwołuje się do części zamówienia powierzanych do wykonania przez podwykonawców. Tym samym można przyjąć, że podwykonawstwo polega na wykonaniu przez wykonawcę części zamówienia publicznego z udziałem podmiotów trzecich, tj. nie będących wykonawcami w rozumieniu ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zakres zadań podwykonawcy odpowiada więc wynikającemu z opisu przedmiotu zamówienia zakresowi zadań samego wykonawcy. W pojęciu tym nie mieszczą się zatem dostawy czy usługi o charakterze komplementarnym, niezbędne do przeprowadzenia robót objętych zamówieniem, jednak nie stanowiące części tegoż zamówienia.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2011 r., sygn. akt KIO 2073/11, cyt. „Podwykonawca to taki podmiot, który realizował będzie część zobowiązań samego wykonawcy. Istotą podwykonawstwa jest wykonanie określonej części zamówienia. Wynika to z przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiącego, że Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Oznacza to, że podwykonawca jest podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia.

Gdyby przyjąć definicję podwykonawstwa proponowaną przez odwołującego, to biorąc pod uwagę ilość komponentów, z których składa się tramwaj, a które z oczywistych względów są nabywane od podmiotów trzecich, lista „podwykonawców” swą objętością odpowiadałaby ofercie i obejmowała komponenty od silnika po śrubki.

Wskazać też należy, że rzeczywiście zamawiający w punkcie B.II.7.1 wymaga, aby wagon posiadał wózki z ramą wewnętrzną, napędowe z silnikiem umieszczonym w jej wnętrzu. Błędnie jednak odwołujący przyjął, że wymóg ten dotyczy tramwajów wyprodukowanych. Wymagania te odnoszą się do tramwaju, który ma być dostarczony do zamawiającego. Gdyby było inaczej, oznaczałoby to, że wszystkie wymagania określone w załączniku nr 1 musiałyby dotyczyć tramwajów już wyprodukowanych przez oferenta, co nie było intencją zamawiającego.

Podobnie myli się odwołujący w swym twierdzeniu, że zamawiający wymagał wskazania w załączniku nr 6, aby podzespoły były sprawdzone w tramwajach wyprodukowanych przez oferenta. Zamawiający konsekwentnie we wszystkich postanowieniach s.i.w.z. wskazywał

jedynie, że mają to być zespoły eksploatacyjnie sprawdzone, przez co należało rozumieć, że bez znaczenia było dla zamawiającego w produktach, jakiego producenta.

Mając na uwadze powyższe zasadny jest wniosek o oddalenie wniosku dowodowego zawartego w punkcie 11.6. ppkt 2 odwołania, bowiem postępowanie nie wymaga wiedzy specjalnej, a opiera się wyłącznie na prawidłowej analizie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści złożonych oświadczeń przez wykonawców.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba popiera stanowisko prezentowane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jak również przystępującego PESA Bydgoszcz podniesione w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu Izby, uznając je za własne, jednocześnie podkreślając, co następuje.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy PESA Bydgoszcz.

Za okoliczność bezsporną uznać należy, iż oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia - tramwaj mógł być wyposażony w wózki obrotowe z czopem skrętu lub z łożyskiem skrętu, przy czym ten pierwszy (z czopem skrętu) był premiowany dodatkowymi punktami (45 pkt).

Wskazać należy, co również jest okolicznością bezsporną, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia sformułował wymóg, aby oferowane rozwiązania nie były prototypowe, niesprawdzone w seryjnej produkcji.

Wykonawcy mieli obowiązek potwierdzenia w treści oferty, że zastosowane zespoły, układy i systemy w oferowanym tramwaju są produkowane seryjnie, sprawdzone. Obowiązek powyższego potwierdzenia wynikał bezpośrednio z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dokumentem, który potwierdzać miał powyższą okoliczność, to opracowany przez zamawiającego wzór oświadczenia – stanowiący załącznik Nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treścią powyższego oświadczenia wykonawcy potwierdzali, że wymienione w tabeli zastosowane zespoły i układy w oferowanym tramwaju są produkowane seryjnie, tj. ich niezawodność została potwierdzona w eksploatacji w ilości nie mniejszej niż w 5 sztukach tramwajów.

W części szczegółowej STT zamawiający sprecyzował powyższy wymóg w ten sposób, iż żądał wykazania się doświadczeniem (wymóg przedmiotowy dotyczący przedmiotu oferty), że oferowane wózki obrotowe: toczne i napędowe, o rozstawie osi w wózku 1800 mm muszą być zespołem sprawdzonym eksploatacyjnie w przynajmniej pięciu eksploatowanych tramwajach (3 - członowych, na czterech wózkach obrotowych) przed upływem terminu składania ofert lub posiadać zespoły tj. silniki i przetwornice trakcyjne, przekładnie i zestawy kołowe sprawdzone w eksploatacji w przynajmniej pięciu eksploatowanych tramwajach przed upływem terminu składania ofert.

Tym samym, w ocenie Izby, powyższy wymóg rozumieć należało poprzez fakultatywne wykazanie spełniania omawianego wymogu, tj.:

- poprzez wykazanie, że oferowane wózki obrotowe: toczne i napędowe o rozstawie osi w wózku 1800 mm, są podzespołem sprawdzonym eksploatacyjnie w przynajmniej pięciu eksploatowanych tramwajach (3-członowych, na czterech wózkach obrotowych), przed upływem terminu składania ofert i w tym zakresie należało wypełnić wiersze 1 i 2 tabeli z załącznika Nr 6 do s.i.w.z.,

lub

- poprzez wykazanie, że oferowane wózki obrotowe: toczne i napędowe o rozstawie osi w wózku 1800 mm, posiadają podzespoły tj. silniki i przetwornice trakcyjne, przekładnie i zestawy kołowe sprawdzone w eksploatacji w przynajmniej 5 eksploatowanych tramwajach przed upływem terminu składania ofert i w tym zakresie należało wypełnić wiersze od 4 do 7 tabeli z załącznika Nr 6 do s.i.w.z.

Przystępujący PESA Bydgoszcz omawiany załącznik Nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wypełnił w sposób prawidłowy.

Niemniej wskazać należy, że odwołujący z treści odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego z dnia 12 i 27 września 2013 roku, stawia zarzut, oparty na własnej interpretacji łącznego rozumienia wymogu opisanego przez zamawiającego, jak też odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego, a właściwie z treści sformułowanego pytania, które sugerować miałyby (łącznie), że wykonawcy oferując przedmiot zamówienia w powyższym zakresie obowiązkowo mieliby się wykazać i zarazem potwierdzić w treści załącznika Nr 6 do s.i.w.z., iż ramy i belki bujarkowe, które miały czop skrzytu musiały być sprawdzone w eksploatacji. Natomiast ramy i belki bujarkowe, które miały czop skrzytu, a nie sprawdzone w eksploatacji musiałyby być tego samego typu (lecz nie identyczne), co ramy i belki bujarkowe z czopem skrzytu w wózkach oferowanych.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Wskazać bowiem należy, że interpretacja poczyniona przez odwołującego, *de facto* rozszerza wymogi postawione przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na tym etapie postępowania taka interpretacja nie jest dopuszczalna, prowadzi bowiem do ograniczenia konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wprowadzenie wymogu, który doprowadzić by musiał do uznania, iż w przedmiotowym postępowaniu dopuszczalne byłoby złożenie ofert na produkty już istniejące, a nie jak to dopuścił zamawiający istniejące ale przeprojektowane (dostosowane) do wymagań przedmiotowego postępowania.

Podnieść również należy, że zamawiający w treści s.i.w.z., ani żadnego innego dokumentu związanego z przedmiotowym postępowaniem, nie żądał potwierdzenia sprawdzenia w eksploatacji ramy i belki bujarkowej, tak jak to określił w załączniku nr 6 do s.i.w.z. w odniesieniu do silnika, przekładni, przetwornicy trakcyjnej i zestawu kołowego.

W ocenie Izby nie było możliwości składania przez wykonawców oświadczenia o treści wskazanej w załączniku nr 6 do s.i.w.z. w odniesieniu do podzespołów takich jak ramy i belki bujakowe, bowiem zgodnie z punktem A.I.6.4. oferta musi zawierać wykaz ww. podzespołów zgodnie z załącznikiem nr 6. Punkt A.I.6.2 załącznika nr 1, ani załącznik nr 6 nie wymienia ani ramy, ani belki bujakowej, jako podzespołów, których miałyby dotyczyć jakiegokolwiek oświadczenie wykonawcy. Jak wynika z treści tych postanowień zamawiający oczekiwał złożenia oświadczenia o ściśle określonej treści jedynie uzupełnionego w zakresie wolnych rubryk i nie dopuszczał jego modyfikacji poprzez dodanie przez wykonawcę kolejnych podzespołów. Jeżeli zatem odwołujący miał wątpliwości, co do sposobu wypełnienia załącznika Nr 6 do s.i.w.z., ewentualnie żądałby zmiany tego załącznika poprzez uzupełnienie o określone treści, to czas po temu minął. Wskazać należy, że czas na wskazane wyżej czynności był na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na obecnym etapie postępowania próba wymuszenia na zamawiającym żądania uzyskania określonych, dodatkowych treści w załączniku Nr 6 do s.i.w.z. nie może znaleźć aprobaty. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami wiąże bowiem strony postępowania (zamawiającego i wykonawców) w sposób równy. Nie można zatem na etapie oceny ofert (zwłaszcza gdy jest ona niekorzystna dla wykonawcy) wywodzić określonych negatywnych skutków prawnych dla innych wykonawców, skoro na etapie wcześniejszym (ogłoszenia i s.i.w.z.) można było w sposób dostatecznie wyraźny i przejrzysty wyjaśnić wszelkie wątpliwości, co do wymogów zamawiającego z zakresie składanych dokumentów czy oświadczeń.

Izba podziela również stanowisko zamawiającego i przystępującego, że zaoferowanie przez PESA wózków obrotowych z czopem skrętu i belką bujakową przy braku wskazania przez PESA podwykonawców nie oznacza, że PESA wskazała w załączniku nr 6 wózki jezdne wyprodukowane samodzielnie, które posiadają czop skrętu. Zgodnie bowiem z treścią punktu A.I.6.2., A.I.6.4 załącznika Nr 1 oraz załącznika Nr 6 nie było takiej potrzeby. PESA spełniła wymóg określony przez zamawiającego poprzez odpowiednie wypełnienie załącznika Nr 6 (strona 239 i 240 oferty).

Jeżeli chodzi o brak wskazania podwykonawców zamówienia, to w powyższym zakresie stwierdzić należało, iż ewentualna dostawa przez inne podmioty podzespołów do produkowanych tramwajów nie jest kwalifikowane, jako podwykonawstwo zamówienia publicznego. Nie można bowiem przyjąć sytuacji, w której wyspecjalizowana firma zajmująca się produkcją konkretnych elementów, które następnie montowane są przez ostatecznego wykonawcę z innymi elementami w jedną całość, musi występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako podwykonawca. Przyjęcie takiego stanu rzeczy za prawidłowość prowadziłoby do absurdu, gdyż np. w przypadku nieskomplikowanych dostaw korzystanie z usług firmy kurierskiej (wyspecjalizowanej w zakresie szybkiego transportu

przesyłek) nakładałoby obowiązek, albo tworzenia konsorcjum, albo wskazywania takiej firmy, jako podwykonawcy zamówienia (analogicznie listy pocztowe).

Izba podziela również stanowisko, że zamawiający nie wymagał (nie wynika powyższa okoliczność z treści s.i.w.z.), aby wskazane w załączniku Nr 6 podzespoły były sprawdzone w tramwajach wyprodukowanych przez danego wykonawcę. Zamawiający wskazywał jedynie, że mają to być podzespoły eksploatacyjnie sprawdzone, przez co należało rozumieć, że bez znaczenia było dla zamawiającego w produktach, jakiego producenta, dane podzespoły zostały sprawdzone. Gdyby bowiem zamawiający chciał, żeby były to podzespoły sprawdzone eksploatacyjnie w tramwajach wyprodukowanych przez danego wykonawcę - oferenta wówczas s.i.w.z. wymagałaby doprecyzowania w tym zakresie. Zauważyć należy, że doprecyzowanie takie jednak mogłoby budzić poważne wątpliwości w zakresie zapewnienia uczciwej konkurencji szczególnie w połączeniu z preferowaniem przez zamawiającego niektórych rozwiązań technicznych czy typów podzespołów eksploatowanych już przez zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy Solaris Bus, stwierdzi należało, co następuje.

Odwołujący wskazał, że z informacji posiadanych przez niego wynika, że TransTec Vetschau GmbH nie posiada praw do produkcji, wprowadzenia, czy sprzedaży wózków tramwajowych według dokumentacji firmy Bombardier Transportation GmbH, ani nie dysponuje prawami do dokumentacji technicznej umożliwiającej produkcję i sprzedaż wózków oraz ich rozwój. Na rozprawie odwołujący złożył dowód (który Izba dopuściła) w postaci oświadczenia złożonego przez uprawnioną do tych czynności osobę, reprezentującą firmę Bombardier Transportation GmbH z siedzibą w Berlinie. Z treści tego oświadczenia wynika m.in., że *„Firma Trans Tec Vetschau GmbH nie jest uprawniona do produkcji, wprowadzenia czy sprzedaży wózków tramwajowych według dokumentacji firmy Bombardier. (...). W ten sposób firma Trans Tec nie ma żadnego, przyznanego przez firmę Bombardier prawa do oferowania we własnym imieniu wyżej wymienionych wózków lub opartych na odnośnej dokumentacji ich wersji rozwojowych.”*

W odniesieniu do powyższego zamawiający, jak i przystępujący Solaris Bus dowodu przeciwnego nie złożyli. W ocenie Izby zarzut odwołującego, że podwykonawca Solaris Bus, firma Trans Tec Vetschau GmbH, któremu wykonawca zamierza podzlecić wykonanie ram i belek bujakowych nie posiada praw do produkcji, wprowadzenia czy sprzedaży wózków tramwajowych według dokumentacji firmy Bombardier został udowodniony. Zdaniem Izby, w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego zamawiający zobowiązany byłby powyższą kwestię przynajmniej wyjaśnić.

Niemniej, Izba uznała, że zarzut powyższy pomimo tego, że potwierdzony pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Biorąc bowiem pod uwagę najdalej idące wnioski, przyjmując sytuację, że zamawiający zobowiązany byłby odrzucić ofertę przystępującego Solaris Bus, to nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania. Tym samym podtrzymany zostaje wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę PESA Bydgoszcz, co z kolei oznacza, że nie zmienił się definitywny wynik prowadzonego postępowania. Zmienić się, co najwyżej mogłaby pozycja odwołującego. Jednakże nie to jest istotą wnoszonego odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że oświadczenie przystępującego Solaris Bus, złożone wg treści załącznika Nr 6, nie musiało obejmować wózków jezdnych ewentualnie ramy i belki bujawkowej. Do tego zarzutu analogiczne zastosowanie znajdzie w całości argumentacja powołana powyżej, w odniesieniu do zarzutów dotyczących PESA Bydgoszcz.

Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła dowód z: dokumentacji postępowania, w szczególności z treści oferty oraz załączników Nr 6 do s.i.w.z. – stanowiących załączniki do ofert wykonawców przystępujących, oświadczenia firmy Bombardier, pytań i odpowiedzi z dnia 12 i 27 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wniosek o powołanie dowodu z opinii biegłego uznając, iż wniosek powyższy został powołany jedynie dla zwłoki postępowania, a rozstrzygnięcie zarzutów odwołania nie wymaga wiadomości specjalnych. Ponadto Izba wskazuje na brak formalny rzeczowego wniosku, gdyż odwołujący nie podał, z jakiej dziedziny miałby zostać powołany biegły, który miałby sporządzić opinię.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 2925/19

Odwołujący Solaris Bus podniósł, co następuje.

Większość ze złożonych przez wykonawców w postępowaniu dokumentów została utajniona, z dostępnych jednak dokumentów wynika, że złożona przez wykonawcę PESA oferta, w zakresie parametrów technicznych oferowanego pojazdu, nie jest możliwa do zrealizowania. W ocenie odwołującego w pojeździe tym istnieje kolizja w części niskiej podłogi (w zakresie charakterystycznego „wcięcia”) w obszarze nad wózkami napędowymi pomiędzy podestami, z przekładnią lub zaciskiem hamulca. Kolizja ta może mieć dwojakie konsekwencje, których weryfikacja będzie możliwa w oparciu o analizę złożonej przez wykonawcę PESA oferty. Po pierwsze, może ona oznaczać, iż wykonawca PESA zaproponował pojazdy posiadające podzespoły inne niż wymagane przez zamawiającego, co skutkowałoby niezgodnością oferty z treścią s.i.w.z. Po drugie, gdyby się okazało, że

wykonawca PESA zaproponował pojazdy posiadające podzespoły zgodne z wymaganiami zamawiającego, zaproponowane przez niego świadczenie byłoby niemożliwe do wykonania z uwagi na wymiary poszczególnych podzespołów pojazdu.

Wymagane parametry techniczne tramwajów.

Zgodnie z treścią s.i.w.z. jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu były parametry techniczne oferowanych przez wykonawców pojazdów. W ramach tego kryterium zamawiający przyznawał punkty oceniając następujące parametry tramwajów: wózki jezdne, silnik trakcyjny, przekładnia mechaniczna, koła, podłoga w przedziale pasażerskim, system ogrzewania i chłodzenia powietrza w tramwaju, otwory okienne w przedziale pasażerskim oraz kabina motorniczego.

W zakresie parametrów silnika, w pkt XII.9.III.2 specyfikacji, zamawiający wskazał, że maksymalną liczbę 5 punktów otrzyma wykonawca, który zaoferuje silnik spełniający wymagania, jako część zamienna w nowoczesnych tramwajach, eksploatowanych od 2012 r. przez zamawiającego, tj. SKODA - asynchroniczny 2 MLU 3343 K/4 lub równoważny, który spełnia, co najmniej wskazane w specyfikacji wymagania. Ostatnim z tych wymagań dotyczyło zajmowanej przestrzeni przez oferowany silnik. Zamawiający wymagał, aby w zakresie zajmowanej przestrzeni umiejscowienie otworów mocujących i punktów przyłączeniowych zgodne było z rysunkiem wymiarowym Ed 607339 stanowiącym załącznik nr 13 do s.i.w.z. Konsekwencją takiego zapisu było przyznanie 5 punktów wszystkim wykonawcom, którzy zaoferowali silnik o identycznych wymiarach. Zarówno oferta odwołującego jak i PESA otrzymały maksymalną liczbę 5 punktów, a więc oferowane przez nich silniki posiadają takie same wymiary.

Także w zakresie przekładni, aby uzyskać maksymalną liczbę 5 punktów, wykonawcy zobowiązani byli zaoferować ten podzespół w identycznych, wskazanych przez zamawiającego wymiarach. Wynika to z treści XII.9.III.2 s.i.w.z., w którym stwierdzono, że maksymalną liczbę 5 punktów otrzyma wykonawca, który zaoferuje przekładnię spełniającą wymagania, jako część zamienna w nowoczesnych tramwajach eksploatowanych od 2012 r. przez zamawiającego, tj. FLENDER ASZA 400 lub równoważna, która spełnia, co najmniej poniższe wymagania:

- a. Przełożenie rzeczywiste 5,0556,
- b. Moment poślizgu 7640 Nm przy nacisku 78480N, $e=0,33$,
- c. Masa (bez oleju, z osią) 230 kg lub mniejsza,
- d. Wymiary dł. x szer. x wys. 870 x 250 x 355 mm,
- e. Ilość oleju 2,5 l.

Zamawiający wskazał więc dokładne wymiary przekładni, która otrzyma 5 pkt w trakcie oceny ofert. Zarówno oferta odwołującego jak i PESA otrzymały maksymalną liczbę 5 punktów, a więc oferowane przez nich przekładnie posiadają takie same wymiary.

W pkt. A.I.6.1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. zamawiający opisał wymagania, jakie stawia oferowanym przez wykonawców hamulcom. Stwierdził on, że wymaga się, aby zastosowane podzespoły napędu, część elektryczna (przetwornice, silniki trakcyjne) i mechaniczna (przekładnie napędowe) oraz systemy hamulcowe były zamienne ze stosowanymi w tramwajach z silnikami prądu przemiennego, eksploatowanymi od 2012 r. w MPK S.A. w Krakowie. W przypadku zastosowania podzespołów niespełniających wymagań tego punktu, dostawca zagwarantuje dedykowane wyposażenie i technologie do obsługi i napraw zastosowanych podzespołów, w warsztatach MPK, umożliwiające przeprowadzenie diagnostyki, obsług oraz napraw wynikających z cyklu profilaktyczno - obsługowo - naprawczego oraz potencjalnych napraw awaryjnych.

W odpowiedzi na jedno z pytań wykonawców do s.i.w.z. (odpowieź nr 3 z dnia 12-09-2013) zamawiający potwierdził, że chodzi o hamulce Knorr. Jeżeli więc zamawiający wymagał, aby oferowane hamulce były zamienne ze stosowanymi przez niego od 2012 roku to oznacza, że muszą mieć one takie same wymiary i punkty przyłączeniowe elektrycznie (doprowadzenie przewodów sterujących) i mechanicznie (punkty połączenia z osią zestawu kołowego i ramą wózka, doprowadzenie przewodów hydraulicznych). Odwołujący, jak i każdy z wykonawców, otrzymał rysunki elementów hamulców stosowanych w MPK Kraków od dostawcy tzn. firmy Knorr.

Dodatkowo, w pkt. A.I.6.2 załącznika nr 1 do s.i.w.z. zamawiający wskazał, jaki jest wymagany rozstaw osi oferowanych pojazdów - wskazując na 1800 mm. W pkt B.II.7.1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. stwierdzono, że wymagane jest aby wagon posiadał wózki z ramą wewnętrzną, napędowe z silnikiem umieszczonym w jej wnętrzu. W pkt. B.II.7.3 w wskazano ponadto, że wymagane są wózki obrotowe, tj. z czopem skrętu lub łożyskiem skrętu oraz posiadające belkę bujakową. Wózek uznaje się za obrotowy, gdy posiada możliwość nieograniczonego przez pudło - obrotu, względem nadwozia w zakresie kątowym wynikającym z przejazdu przez łuki poziome o promieniach od minimalnego (18m) do maksymalnego.

Na podstawie powyższych informacji, w oparciu o treść pisma zamawiającego z dnia 9 grudnia 2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, znając liczbę przyznanych wykonawcy PESA punktów w zakresie parametrów technicznych oferowanego pojazdu, także bez znajomości szczegółowej, utajnionej w postępowaniu specyfikacji technicznej, można stwierdzić, jakie są wymiary i rozmieszczenie głównych elementów wózka (silnik, przekładnia, koła, hamulce). Parametry te są bowiem identyczne dla wszystkich wykonawców, którzy otrzymali za poszczególne parametry taką samą liczbę punktów, a także są znacznych rozmiarów i a więc wykonawcy nie mają swobody w doborze sposobu ich rozmieszczenia.

Niska podłoga.

Jednym z kluczowych parametrów oferowanych pojazdów, składających się na kryterium techniczne oceny składanych w postępowaniu ofert, jest długość niskiej podłogi w oferowanych pojazdach. Punkty przyznane wykonawcy PESA w ramach tego parametru przesądziły o wyborze oferty tego wykonawcy w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z XII.9.III.5 s.i.w.z. tylko jeden z wykonawców mógł uzyskać punkty w ramach parametru długości niskiej podłogi w przedziale pasażerskim (15 pkt) - wykonawca oferujący największą długość takiej podłogi. Wszystkim pozostałym wykonawcom nie przyznano punktów. Bez wątplenia zaoferowanie jak najdłuższej podłogi było więc dla oferentów kluczowe.

Odwołujący nie ma dostępu do dokumentów technicznych wykonawcy PESA z uwagi na ich utajnienie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Analizując stosowane przez tego wykonawcę parametry techniczne tramwaju można odwołać się jednak do ogólnodostępnej na rynku wiedzy.

Wykonawca PESA zaoferował tramwaj o nazwie handlowej TWIST (strona 2 części jawnej oferty PESA), który to pojazd funkcjonuje na rynku pojazdów torowych. 10 grudnia 2012 roku PESA podpisała umowę ze spółką Tramwaje Śląskie na dostawę 30 pojazdów tego typu. Dnia 22 listopada 2013 roku odbyła się ogólnodostępna prezentacja tramwaju Twist wykonanego w ramach realizacji powyższego kontraktu. Z licznych publikacji wynika, że tramwaj ten posiada „wcięcie” niskiej podłogi w obszarze nad wózkami napędowymi pomiędzy podestami (informacje i zdjęcia prasowe).

Biorąc pod wagę, że wykonawca PESA zaproponował w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego pojazdy oznaczone jako TWIST, a więc pojazdy o tej samej nazwie handlowej co pojazd wskazany na zdjęciu, także w przypadku pojazdów oferowanych w niniejszym postępowaniu niska podłoga tworzy charakterystyczne wcięcie w obszarze nad wózkami napędowymi istotnie ograniczając dostępną dla wózków napędowych przestrzeń. Niespójność parametrów technicznych pojazdu.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje, a więc zarówno liczbę przyznanych wykonawcy PESA punktów, a także w oparciu o ogólnodostępne informacje na temat tramwaju o nazwie handlowej TWIST stwierdzić można, że nie jest możliwe dostarczenie pojazdu, który połączy zaoferowane główne elementy wózka (m.in. preferowany przez zamawiającego silnik Skoda, przekładnię Flender i hamulce Knorr) z charakterystycznym wcięciem niskiej podłogi w obszarze wózka. Powstanie bowiem kolizja między wózkiem, a pudłem pojazdu, w szczególności w zakresie wspornika/belki do mocowania zacisku hamulcowego i wyprowadzenia kabli z wózka na pudło. Inne parametry techniczne pojazdów dostarczonych spółce Tramwaje Śląskie pozwalały na zastosowanie tego typu podłogi, jednak w niniejszym postępowaniu jest to niemożliwe.

Ze względu na techniczny charakter wyводу Odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodu w postaci opinii technicznej, który to dowód przedstawiony zostanie na rozprawie.

Ponadto, odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z treści dokumentacji postępowania odwoławczego, w postaci wskazanych niżej fragmentów oferty wykonawcy PESA:

1. oświadczenie dotyczące zastosowania w tramwajach zespołów, układów, systemów - załącznik nr 6 do s.i.w.z.,
2. układ ogólny wagonu tramwajowego z rozmieszczeniem poszczególnych urządzeń i podzespołów, drzwi wejściowych, wyjść awaryjnych, informacji pasażerskiej,
3. rysunek wózka napędowego,
4. Pismo Pesa z dnia 14.11.2013 nr. MMh/MT/782/11/2013,
5. Pismo Pesa z dnia 15.11.2013 nr MMh/MT/785/11/2013,
6. Pismo Pesa z dnia 20.11.2013 nr. MMh/DL/795/11/2013

na okoliczność występowania kolizji między wózkiem, a pudłem pojazdu oferowanego przez wykonawcę PESA.

Odrzucenie oferty PESA.

Ze względu na brak znajomości szczegółów dotyczących parametrów technicznych oferowanych przez PESA pojazdów, w zależności od wyników przeprowadzonego postępowania dowodowego, odwołujący formułuje dwa alternatywne zarzuty: naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA pomimo, że obowiązek dokonania takiej czynności spowodowany był niezgodnością oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego z uwagi na zaoferowanie świadczenia niemożliwego.

Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem przywołanego wyżej art. 87 ust. 2 pkt 3. Cytując stanowisko doktryny wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści s.i.w.z. to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia s.i.w.z. Odmiennosc ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Wyd. 11, Warszawa 2012). Dalszą wykładnię treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znaleźć można w wyroku KIO z dnia 14 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2591/10. Zgodnie tym orzeczeniem niezgodność treści oferty z s.i.w.z. będąca przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP zachodzi wówczas, gdy zawartość oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu

w s.i.w.z. i załączonych dokumentach, a popełnione nieścisłości nie dają się usunąć w trybie art. 87 ust. pkt 1-3 ustawy Pzp.

Możliwość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, powinna zostać zatem poprzedzona analizą oferty pod następującymi względami:

- a) pod kątem braku zgodności oferty z s.i.w.z.,
- b) pod kątem możliwości usunięcia niezgodności w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Jeżeli więc postępowanie dowodowe wykaże, że wykonawca w swojej ofercie zaproponował podzespoły niespełniające wymagań s.i.w.z. w zakresie parametrów pojazdu, w szczególności zastosowanego wózka (silnik, przekładnia, koła, hamulce), bez wątpienia dojdzie do sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji.

Dodatkowo niezgodność ta nie może podlegać usunięciu w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Ze względów oczywistych nie można by jej bowiem zakwalifikować jako oczywista omyłka rachunkowa czy pisarska, ani inna omyłka polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ jej poprawienie doprowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty.

Dodatkowo, zwrócić należy uwagę, że ze sporządzonego przez zamawiającego protokołu z postępowania wynika, iż wykonawca PESA najczęściej ze wszystkich wykonawców wzywany był do składania wyjaśnień oraz uzupełniania złożonych w postępowaniu dokumentów. W związku z powyższym, odwołujący stoi na stanowisku, że w wyniku prowadzonej korespondencji doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a dokładnie art. 87 ust. 1 poprzez prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą nieuprawnionych negocjacji dotyczących złożonej oferty, a także art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez wprowadzenie istotnych zmian w treści oferty wykonawcy PESA.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o przeprowadzenie dowodu z akt postępowania, w postaci: str. 11 i 12 protokołu z postępowania, złożonych przez wykonawcę PESA wyjaśnień do oferty oraz uzupełnień dokumentów.

Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Jest oczywiste, że nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów to przede wszystkim jej niezgodność z przepisami kodeksu cywilnego w tym przepisie art. 387 § 1 KC. (Komentarz do art.89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Przepis art. 387 KC określa konsekwencje prawne jednego z przypadków niemożliwości świadczenia. Skutki prawne, jakie wywołuje niemożliwość świadczenia, zależą od czasu jej

zaistnienia oraz przyczyn, które do niemożliwości doprowadziły. Świadczenie może być obiektywnie niewykonalne już w chwili, gdy zobowiązanie ma powstać (niemożliwość pierwotna lub uprzednia) i wówczas stosunek obligacyjny w ogóle nie powstaje, gdyż nie można uznawać za wiążące zobowiązania się do zachowania niemożliwego (*impossibilium nulla obligatio*). Jak stanowi art. 387 § 1 k.c., umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. (Por.: A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III - Zobowiązania. Część ogólna, LEX 2010).

Przewidziana ustawą nieważność umowy o świadczenie niemożliwe wyznacza granice w swobodzie umów, wprowadzając zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można wykonać. Słuszny jest więc pogląd, że strony nie mogą skutecznie zobowiązać się do zachowania, którego nikt nie jest w stanie zrealizować w chwili zawierania umowy (Z. Radwański (w:) System prawa cywilnego, t. III, cz. 1, s. 383-384).

Przepis art. 387 KC dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej (lub przedmiotowej). Stan ten cechuje obiektywna niewykonalność świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniona ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (Por.: A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III - Zobowiązania. Część ogólna, LEX 2010).

Konsekwencją pierwotnej i obiektywnej niemożliwości świadczenia, która ma miejsce ze względu na zaoferowanie przez wykonawcę parametrów technicznych tramwaju niemożliwych do spełnienia zgodnie ze współczesnym stanem wiedzy i techniki jest nieważność umowy, którą zamawiający miałby w wyniku przetargu zawrzeć (art. 387 § 1 k.c.). Jest to oczywiste na gruncie art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że „zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”.

Należy pokreślić, że wskazana wykładnia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 KC została uznana w wyroku Zespołu Arbitrów z 9 maja 2005 r., UZP/ZO/0-872/05. W orzeczeniu tym arbitrzy wskazali, że w wypadku wykazania, iż zaoferowane świadczenie jest niemożliwe do wykonania, zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 KC z uwagi na to, że umowa o świadczenie niemożliwe jest umową nieważną.

Jeżeli więc w wyniku postępowania dowodowego okaże się, że wykonawca PESA w swojej ofercie zobowiązał się do dostarczenia tramwaju, który posiada parametry techniczne zgodne z twierdzeniami odwołującego, a także wyposażony jest w podłogę z charakterystycznym wzięciem, to oferta wykonawcy PESA podlega odrzuceniu w oparciu art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego ze względu na niemożliwość zaproponowanego świadczenia.

Przystępujący Newag S.A. poparł stanowisko odwołującego w całości.

Zamawiający wskazał, iż zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Oferta wykonawcy PESA otrzymała maksymalną liczbę punktów m.in. w zakresie kryterium przekładni, silnika trakcyjnego, mechanicznej i kół.

Zamawiający zwrócił uwagę, że punkty za kryteria techniczne zamawiający przyznawał w przypadku zaoferowania elementów konkretnych producentów lub równoważnych, przy czym wskazał w s.i.w.z. parametry równoważności.

W przypadku silnika trakcyjnego: 5 punktów otrzymywał wykonawca, który zaoferował silnik, który spełnia wymagania, jako część zamienna w nowoczesnych tramwajach, eksploatowanych od 2012 r. w MPK SA w Krakowie, tj. SKODA - asynchroniczny 2 MLU 3343 K/4 lub równoważny, który spełnia, co najmniej wymagania wyszczególnione przez zamawiającego.

Na podstawie wskazanych parametrów nie można założyć, że silnik równoważny musi mieć wymiary identyczne z silnikiem stosowanym w MPK.

W przypadku przekładni mechanicznej 5 punktów otrzymywał wykonawca, który zaoferował przekładnię, która spełnia wymagania, jako część zamienna w nowoczesnych tramwajach eksploatowanych od 2012 r. w MPK SA w Krakowie, tj. FLENDER ASZA 400 lub równoważna, która spełnia, co najmniej poniższe wymagania:

- Przełożenie rzeczywiste 5,0556
- Moment poślizgu 7640 Nm przy nacisku 78480N, $u=0,33$
- Masa (bez oleju, z osią) 230 kg lub mniejsza
- Wymiary dł. x szer. x wys. 870 x 250 x 355 mm
- Ilość oleju 2,5 l

Zamawiający podał wysokość, szerokość i długość przekładni i tylko w tym zakresie produkt równoważny musiał spełniać wymagania w zakresie wymiarów.

Również na podstawie punktu A.1.6.1. Specyfikacji Technicznej Tramwaju, stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z. oraz p. A.1.6.2 STT nie można z góry ustalić dokładnie jakie wymiary będą miały oferowane produkty. Odwołujący przyjął więc z góry błędne założenia, na podstawie których wysnuł następnie błędne wnioski.

Zgodnie z punktem XII.9.III.5 s.i.w.z. tylko jeden z wykonawców mógł uzyskać 15 punktów w ramach parametru długości niskiej podłogi w przedziale pasażerskim. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano sposób pomiaru tej długości.

W ocenianych ofertach podano długość niskiej podłogi w przedziale pasażerskim. Porównując dane z ofert, zamawiający uznał, że długość niskiej podłogi w przedziale pasażerskim podana przez PESA jest największa i przyznał tej właśnie ofercie 15 punktów.

Zamawiający dołożył wszelkich starań, aby dokonać oceny ofert, dotyczącej tego parametru. W związku z tym zadawano wykonawcom pytania (w tym pytania odnoszące się do danych z oferty PESA), aby na podstawie danych (wymiarowych) móc przeprowadzić analizę, czy możliwa jest realizacja wykonania obszaru niskiej podłogi o długości podanej w ofercie.

Odpowiedzi na zadane pytania pozwoliły na stwierdzenie, że możliwe jest wykonanie tramwaju o podanym w ofercie diagramie łączenia członów i rozmieszczeniu wózków (obrotowych), pozwalających na uzyskanie podłogi o podanej długości.

Argument, że „w oparciu o ogólnodostępne informacje na temat tramwaju o nazwie handlowej TWIST stwierdzić można, że nie jest możliwe dostarczenie pojazdu, który połączy zaoferowane główne elementy wózka (m. in. preferowany przez zamawiającego silnik Skoda, przekładnię Flender i hamulce Knorr) z charakterystycznym wcięciem niskiej podłogi w obszarze wózka” nie znajduje uzasadnienia.

Wynika to z faktu, że odwołujący nie zna schematu tramwaju (sposobu zestawienia i łączenia członów) zaoferowanego przez PESA oraz wymiarów (gabarytów) wózków, które zostaną zabudowane w oferowanym tramwaju, a które zostały objęte klauzulą poufności ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Tramwaj zaoferowany przez wykonawcę PESA spełnia wymagania określone przez zamawiającego w dokumentach przetargowych.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Zgodnie z powyższą zasadą ciężaru dowodowego, to odwołujący powinien udowodnić, że prawdziwość zarzutu. Odwołujący natomiast nie przedstawił żadnego dowodu, który pozwoliłby na przyjęcie, że okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne, miały w rzeczywistości miejsce.

Stanowiska odwołującego nie może uzasadniać wyłącznie jego subiektywne przekonanie o słuszności swoich twierdzeń, skoro brak jest na to jakichkolwiek dowodów przemawiających za racją odwołującego.

Na potwierdzenie słuszności przyjętego rozumowania warto powołać się na dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2013 r. (KIO 1412/13) czy też wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2013 r. (KIO 1304/13).

Przystępujący PESA Bydgoszcz S.A. poparł stanowisko zamawiającego, a ponadto zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, jakoby istniała jakakolwiek kolizja w części niskiej podłogi (w zakresie charakterystycznego „wcięcia”) w obszarze nad wózkami napędowymi pomiędzy podestami, z przekładnią lub zaciskiem hamulca. Odwołujący opiera swoje założenia na błędnym przeświadczeniu znajomości rozwiązań technicznych zastosowanych

w pojazdach oferowanych przez przystępującego, co skutkuje wyprowadzeniem błędnych wniosków zarówno w zakresie obiektywnej niemożliwości dostarczenia zaoferowanego tramwaju, jak i ewentualnej niemożliwości zastosowania komponentów wskazanych w ofercie, z uwagi na ich wymiary.

Po pierwsze, należy wskazać, że przystępujący w ramach swojej oferty handlowej wyróżnia 3 grupy tramwajów, a mianowicie:

- 1) SWING- tramwaj bez wózków obrotowych,
- 2) TWIST-tramwaj z wózkami obrotowymi,
- 3) JAZZ- tramwaj z wózkami nieobrotowymi z wolnymi kołami.

W ramach grupy tramwajów TWIST, występują różne ich odmiany. Tramwaj TWIST STEP to pierwszy pojazd, w którym występują stopnie wewnątrz tramwaju. Powyższy element charakterystycznych stopni, który zdecydował o nazwie handlowej tego produktu, jest jedynym podobieństwem pomiędzy tramwajem TWIST STEP- dostarczonym do Tramwajów Śląskich, a tramwajem zaoferowanym zamawiającemu w niniejszym postępowaniu. Wbrew twierdzeniom odwołującego, przystępujący w ramach postępowania pod nazwą: „Zakup niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych” zaproponował tramwaj TWIST STEP, jednak nie o konfiguracji dotychczas zastosowanej. Konfiguracja tramwaju została dostosowana do wymagań zamawiającego. Jest ona nowatorskim rozwiązaniem, które dotychczas nie zostało zaoferowane żadnemu innemu klientowi. Innowacyjność rozwiązań nie może świadczyć o obiektywnej niemożliwości świadczenia. Odwołujący zdaje się mylić niemożliwość obiektywną z subiektywną, a więc taką która dotyczy samego odwołującego.

Przystępujący nie zgodził się również z pozostałą argumentacją prezentowaną w odwołaniu. Wbrew stanowisku odwołującego należy wskazać, że „charakterystyczne wcięcie”, o którym mowa w odwołaniu nie obejmuje obszaru tramwaju w zakresie uniemożliwiającym zastosowanie zaoferowanych komponentów. Błąd odwołującego polega na przyjęciu, iż obszar skosu - wcięcia dotyczy całej przestrzeni zakrytej podestem pod nogi dla pasażerów zajmujących siedzenia umieszczone na zabudowie nadwózkowej wewnątrz przedziału pasażerskiego. Rzeczywiste wcięcie w tym miejscu w tramwaju oferowanym dla MPK S.A. w Krakowie, jaki i w tramwajach dostarczonych do Tramwajów Śląskich S.A. jest znacznie mniejsze niż zakłada odwołujący. Poczynione więc obserwacje odwołującego na bazie już eksploatowanych tramwajów są nieprawidłowe i tym samym bezużyteczne dla niniejszego postępowania.

Argumentacja odwołujący opiera się wyłącznie na pewnych domysłach i spekulacjach nieznajdujących pokrycia w rzeczywistym stanie rzeczy. Odwołujący nie może bowiem znać charakterystyki technicznej oraz konfiguracji (układ pudeł i wózków) tramwaju zaoferowanego przez przystępującego, gdyż rozwiązania takie nie zostały dotychczas

zastosowane i rozpowszechnione, a jako takie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na swoją wartość gospodarczą.

Odwołujący potwierdza powyższe w odwołaniu, poprzez wskazanie, iż opiera swoje założenia „na ogólnodostępnych informacjach na temat tramwaju o nazwie handlowej TWIST”. Odwołujący, jako producent pojazdów funkcjonujący na rynku od wielu lat ma świadomość, iż w ogólnodostępnych informacjach podawanych w mass mediach, trudno doszukać się jakiegokolwiek wzmianki dotyczącej zastosowanych rozwiązań technicznych w konstrukcji tramwajów. Poznanie bowiem takowych rozwiązań jest trudne zarówno w zakresie już eksploatowanych pojazdów, a tym bardziej niemożliwe w zakresie pojazdów, których rozwiązania techniczne są dostosowane do wymogów konkretnego zamawiającego i niewyprodukowanych, a jedynie zaprojektowanych na etapie złożenia ofert.

Po drugie, w odniesieniu do wymogów technicznych tramwajów, przystępujący potwierdza, iż jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu były parametry techniczne oferowanych przez wykonawców pojazdów. W ramach tego kryterium zamawiający przyznawał punkty oceniając takie parametry jak: wózki jezdne, silnik trakcyjny, przekładnie mechaniczne, koła, podłoga w przedziale pasażerskim, system ogrzewania i chłodzenia powietrza w tramwaju, otwory okienne w przedziale pasażerskim oraz kabinę motorniczego.

Zamawiający wskazał również w treści s.i.w.z., że maksymalną liczbę punktów, tj. 5, otrzyma wykonawca, który zaoferuje silnik, który spełnia wymagania, jako część zamienna w nowoczesnych tramwajach, eksploatowanych od 2012r. w MPK S.A. w Krakowie, tj. SKODA- asynchroniczny 2 MLU 3343 K/4, lub równoważny, który spełnia, co najmniej określone przez zamawiającego wymagania.

Podobna konstrukcja w zakresie przyznawanych punktów znalazła się w odniesieniu do kolejnego parametru ocenianego, a mianowicie przekładni mechanicznej, gdzie wykonawca celem uzyskania punktów mógł zaproponować przekładnię FLENDER ASZA 400 lub równoważną, spełniającą co najmniej wskazane wymagania.

Taki opis sposobu oceny zaoferowanych parametrów technicznych wskazuje jednoznacznie, że celem uzyskania punktów z tytułu złożonej oferty należało, albo zaoferować konkretny typ przekładni czy też silnika, bądź też inny typ jednak spełniający, co najmniej określone parametry techniczne.

Zdaniem przystępującego, odwołujący wychodzi z błędnego założenia, iż parametry silnika, tudzież przekładni są identyczne dla wszystkich wykonawców, którzy uzyskali punkty z tytułu zaoferowanych rozwiązań technicznych. Posłużenie się przez zamawiającego sformułowaniem „lub równoważny, spełniający co najmniej wskazane wymagania” nie oznacza, że te parametry są identyczne jak przy konkretnym rozwiązaniu (przy zastosowaniu konkretnego modelu silnika i przekładni). Odwołujący mylnie postrzega wymagania, dotyczące parametrów technicznych rozwiązań równoważnych, rozciągając ich wymóg na

konkretne modele podzespołów. Z powyższego należy wywodzić, iż nie postawiono znaku równości pomiędzy parametrami konkretnych rozwiązań a równoważnymi. Taka interpretacja byłaby nie do pogodzenia z redakcją przedmiotowego postanowienia odnoszącego się do kryterium wyboru ofert. Zamawiający jedynie celem uniknięcia zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, posłużył się językiem ustawy, a dokładnie art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Taka wykładnia nie jest również możliwa w świetle wykładni językowej. Odnosząc się bowiem do znaczenia słowa „równoważny”, nie można przyjąć iż mamy do czynienia ze słowem „identyczny”, a jedynie „ekwiwalentny”. Powyższe potwierdza błędne założenie odwołującego dotyczące identycznych dla wszystkich wykonawców, którzy otrzymali za poszczególne parametry taką samą liczbę punktów, wymiarów i sposobu rozmieszczenia podzespołów.

Powyższy pogląd znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jako przykład może tu posłużyć wyrok z 17 grudnia 2012r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 2621/12, KIO 2653/1, zgodnie z którym: *„Powszechnie przyjmuje się, że kompatybilny nie oznacza identyczny (taki sam) pod względem każdej cechy z już posiadany, użytkowanym produktem. Niezasadnym jest zatem stanowisko odwołującego zaprezentowane w treści odwołania, że zamawiający wymaga takiego samego „wnętrza” systemu i takich okienek aplikacji jak w rozwiązaniach już funkcjonujących u zamawiającego. Pod pojęciem „kompatybilny” należy rozumieć zgodny z czymś, wzajemnie się z czymś uzupełniający; taki, który może z czymś współdziałać, nie powodując zakłóceń. Zapewnienie kompatybilności w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne, które dotyczy rozbudowy i modernizacji systemu już istniejącego u zamawiającego, jest niezwykle istotne. Celem działań zamawiającego nie jest bowiem zmiana systemu na inny ale zamówienie systemu, który będzie gwarantował pełną kompatybilność z systemem już posiadany i będzie z nim współdziałał w sposób niezakłócony”*, a także wyrok z dnia 2 września 2011 roku, sygn. akt KIO 1772/11, KIO 1783/11, w którym to w tezie drugiej orzeczono, że: *„Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pożądane cechy oferowanego przez wykonawców produktu winny zostać precyzyjnie określone. Ich ogólne sformułowanie prowadzi bowiem do sytuacji, iż wykonawcy oferując*

produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj. uznania go za równoważny".

Mając na uwadze powyższe, trudno przyjąć słuszność racji odwołującego, który w odwołaniu podniósł, iż: „Zamawiający wymaga aby oferowane hamulce były zamienne ze stosowanymi przez niego od 2012 roku to oznacza, że muszą mieć ona takie same wymiary”. Podobne założenia zostały błędnie przez odwołującego przyjęte w zakresie parametrów technicznych podzespołów równoważnych, co nie może znaleźć akceptacji w świetle obowiązujących przepisów i wykładni postanowień s.i.w.z.

Przystępujący potwierdza, iż w zaoferowanych przez niego tramwajach, zostają zachowane punkty przyłączeniowe elektryczne i mechaniczne. Różnica, o której nie mógł wiedzieć odwołujący, polega zaś na przebiegu przewodów elektrycznych i sterujących pomiędzy wózkiem a pudłem, gdyż przebiegać będą one w inny sposób niż w eksploatowanych obecnie tramwajach. Oznacza to, że przystępujący zachował wymagania stawiane przez zamawiającego, tj. umiejscowienia otworów mocujących i punktów przyłączeniowych, zgodne z rysunkiem wymiarowym Ed607339, stanowiącym załącznik nr 13 do s.i.w.z., a dodatkowe nowe rozwiązania pozwolą na zastosowanie wymaganego silnika i zwiększenie długości niskiej podłogi we wnętrzu oferowanego tramwaju.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż główny zarzut odwołania w zakresie niespójności parametrów technicznych pojazdu jest nietrafiony i wynika z nieznamości oferowanego pojazdu. Jednocześnie przystępujący wskazuje, iż nie ma możliwości zapoznawania odwołującego z częścią techniczną, przedłożonej oferty, z uwagi na jej poufny charakter. Wyrażenie zgody na zapoznanie się przez konkurencyjny podmiot z oferowanym przez przystępującego tramwajem doprowadziłby do jawnego wyrządzenia szkody. Przystępujący pragnie zwrócić uwagę na fakt, iż działania odwołującego mogą zmierzać do poznania rozwiązań swojego konkurenta, celem ich późniejszego wykorzystania. Na tym etapie przystępujący podjął wszelkie działania, celem ograniczenia kręgu osób, którym znane są rozwiązania w zaoferowanym pojeździe i nie ma jakichkolwiek wątpliwości, iż informacje zawarte w tej części ofert mają charakter poufny.

Z powyższego zdaje sobie sprawę sam odwołujący, gdyż zamawiający wystąpił do wszystkich uczestników postępowania o wyjaśnienia w zakresie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Wymaga podkreślenia, że wszyscy oferenci przedmiotowego postępowania wykazali poufny charakter zawartych w ofertach danych, co uniemożliwiło zamawiającemu udostępnianie zawartych w tej części informacji.

Przystępujący zwrócił uwagę, iż twierdzenia odwołującego oparte zostały na niewłaściwej podstawie i przyjęciu, iż oferowany pojazd jest identyczny z pojazdem już dostarczonym do

Tramwajów Śląskich S.A. Z tego też powodu, wszelkie wnioski oparte na błędnym założeniu należy uznać za chybione i niemogące znaleźć akceptacji.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu nie można mówić ani o niezgodności oferty przystępującego z s.i.w.z., ani o zaoferowaniu przez niego świadczenia niemożliwego. Jednocześnie trudno więc również przyznać rację odwołującemu, iż doszło do usunięcia niezgodności w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W ofercie złożonej przez przystępującego brak bowiem było wskazywanych niezgodności.

Trudno także uznać za słuszne, daleko idące wnioskowanie, iż częstotliwość wezwań do wyjaśnień świadczy o prowadzeniu negocjacji dotyczących złożonej oferty, a także wprowadzeniu istotnych zmian w treści oferty PESA.

W tym miejscu należy wskazać, że rolą zamawiającego jest wnikliwe i staranne badanie ofert. Wymaga odnotowania, iż pomimo redakcji przedmiotowego artykułu ustawy Prawo zamówień publicznych, która sugerowałaby na swoiste uprawnienie zamawiającego do żądania wyjaśnień od wykonawców, orzecznictwo KIO wskazuje, że zaniechanie przez zamawiającego tego trybu postępowania rektyfikacyjnego w sytuacji, gdy takie wątpliwości istniały, może być uznane za naruszenie przepisów postępowania (zob. np. wyrok KIO UZP z 5 listopada 2009 r., KIO/UZP 1443/09, LexPolonica nr 2259426, LexisNexis nr 2259426; wyrok KIO UZP z 2 listopada 2009 r., KIO/UZP 1327/09, LexPolonica nr 2304795, LexisNexis nr 2304795).

Powyższe dowodzi, że zamawiający poprzez wezwania do złożenia wyjaśnień realizował jedynie cel postępowania, a nie jak sugeruje to odwołujący prowadził nieuprawnione negocjacje, czy też dokonywał niedopuszczalnych zmian w ofercie. Zamawiający korzystając z procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 miał na uwadze głównie funkcję, jako pełni ten przepis, potwierdzoną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2013r., sygn. akt KIO 1152/13, zgodnie z którym: *„Wprowadzenie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych miało na celu wyeliminowanie sytuacji, w których stwierdzone w ofertach niedokładności, rozbieżności, niespójności prowadziły do odrzucenia oferty. Ustawodawca wprowadzając powołany przepis dał prymat obowiązkowi korygowania ofert wykonawców, w granicach określonych przez prawo, na dalszy plan przesuując formalizm postępowania”*.

Uzasadnienie do takiego działania znajduje również oparcie w wyroku KIO z dnia 15 lutego 2013 roku, sygn. akt KIO 214/13, w którym wyjaśniono swoisty wzorzec prawidłowego działania zamawiającego. Zgodnie z nim: *„Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Korzystając z tego prawa zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku, których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z treścią Specyfikacji*

Istotnych Warunków Zamówienia, dlatego też nie może pozostawiać żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie, że w tym merytorycznym zakresie treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia może doprowadzić do jej odrzucenia. Zamawiający nie może rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny, bądź na pewno zmienią one jej treść. Zamawiający nie zwracając się o wyjaśnienia i odrzucając ofertę wykonawcy winien, przeprowadzić dowód i wykazać ze udzielenie wyjaśnień w danym stanie faktycznym było zbędne.”

Przystępujący podniósł również, że przedstawione wnioski dowodowe mają jedynie na celu poznanie rozwiązań technicznych oferowanego tramwaju i zdobycie wiedzy technicznej i technologicznej przez konkurenta na rynku dostaw tramwajów. Należy zauważyć, że złożone wnioski nie dotyczą tylko wybranych elementów oferty, a *de facto* dotyczą konkretnych rozwiązań technicznych, na co nie pozwala zasada ochrony informacji poufnych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie działania mogą prowadzić jedynie do naruszenia interesu przystępującego. Zawarte bowiem w ofercie informacje mają wartość gospodarczą dla przystępującego. Zawierają bowiem szczegółowe dane dotyczące konstrukcji pojazdu, jego funkcjonalności, zastosowanych rozwiązań technicznych, zastosowanych podzespołów oraz ich konfiguracji. Zastrzeżenie dokumentacji technicznej pojazdu pozwala przystępującemu na ochronę jego interesów, uniemożliwiając jednocześnie ich wykorzystanie konkurentom na potrzeby prowadzonej działalności. Zwrócić należy uwagę na fakt, iż przeważnie to różnice w konfiguracji pojazdów decydują o wygranej lub przegranej w przetargu. Tak też było w niniejszym postępowaniu. O wartości gospodarczej zastrzeżonych danych przesądza także wysoki koszt projektowania pojazdów, przeprowadzenia odpowiednich testów czy uzyskiwanie wymaganych pozwoleń. Przystępujący podjął również działania zmierzające do zachowania w poufności danych zamieszczonych w złożonej ofercie.

Przystępujący wskazuje również, iż powołanie się przez odwołującego na dowód z opinii technicznej, ma jedynie charakter opinii prywatnej, a nie opinii biegłego sądowego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, jak i przystępującego PESA Bydgoszcz, uznając je za własne.

Nadto Izba wskazuje, że po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w szczególności z treścią oferty przystępującego PESA Bydgoszcz, dokumentacją przygotowaną przez zamawiającego, jak i wyjaśnieniami złożonymi przez PESA Bydgoszcz z dni 14, 15 i 20 listopada 2013 roku, stwierdzić należało, że wykonawca ten zaoferował

pojazdy posiadające podzespoły zgodne z wymaganiami zamawiającego, jak też nie występuje kolizja wskazywana w odwołaniu. Dlatego też za zasadne, Izba uznała czynności zamawiającego polegające na przyznaniu przystępującemu PESA Bydgoszcz odpowiedniej liczby punktów, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba stwierdziła również, że przystępujący PESA Bydgoszcz zaoferował poszczególne podzespoły, które wymiarami odpowiadają wymaganiom postawionym przez zamawiającego.

Izba wskazuje, że przystępujący PESA Bydgoszcz, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu miał możliwość zaoferowania przedmiotu zamówienia, który zawierał specyficzne, indywidualne i dedykowane dla tego typu przedmiotu zamówienia rozwiązania. Powyższa unikatowość oferowanego rozwiązania polegała chociażby na takim skonfigurowaniu przedmiotu oferty, aby wykonawca ten mógł uzyskać maksymalną liczbę punktów za długość niskiej podłogi. Innowacyjność oferowanego rozwiązania polegała z jednej strony na możliwości uzyskania maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, z drugiej strony zaoferowanie rozwiązań technicznych zgodnych z wymaganiami zamawiającego. Zdaniem Izby kreatywność przystępującego PESA Bydgoszcz nie może być następnie krytykowana, czy też z tego powodu nie mogą być wywodzone negatywne skutki prawne. Istotą bowiem uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie tego zamówienia w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone przez zamawiającego. Skoro zatem wykonawca ma odpowiedni zmysł techniczny i możliwości technologiczne, które umożliwiają mu takie dostosowanie produktu do oczekiwań zamawiającego, z jednoczesnym spełnieniem wszystkich parametrów opracowanych przez zamawiającego, to nie sposób takiego wykonawcy karać za pomysłowość. W przedmiotowym postępowaniu, innowacyjność taka polegała na innym poprowadzeniu przewodów elektrycznych i sterowniczych, dzięki czemu można było uzyskać odpowiednią długość podłogi (parametr punktowany) z jednoczesnym brakiem kolizji z podłogą (podestami).

Odnosnie tego parametru zamawiający miał wątpliwości, dlatego też zwrócił się do przystępującego PESA Bydgoszcz o wyjaśnienie oferowanego rozwiązania. Wykonawca pismami z dni 14, 15 i 20 listopada 2013 roku wyjaśnił zamawiającemu, w sposób szczegółowy, w jaki sposób (jakie wymiary) zamierza osiągnąć zakładany efekt. W tym zakresie wyjaśnienia przystępującego PESA Bydgoszcz były wystarczające. Izba wskazuje, że żadne z przedkładanych przez wykonawcę wyjaśnień nie prowadziło do negocjacji złożonej oferty, jak też nie wprowadzało zmian w treści oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Nadto zwrócić należy uwagę na okoliczność, iż czynności zamawiającego, w zakresie wyjaśniania treści złożonej oferty, charakteryzowały się dużym stopniem

profesjonalności (treść zadawanych pytań), jak i transparentności postępowania (chęć precyzyjnego i obiektywnego wyjaśnienia oferowanych przez wykonawcę rozwiązań).

Izba podkreśla, że informacje prasowe, na które powołuje się odwołujący, czy też prezentacje medialne, nie mogą stanowić dowodu na okoliczności podawane w odwołaniu. Mogą natomiast stanowić przyczynek powstania wątpliwości, które z kolei należy udowodnić. Odwołujący na rozprawie przedłożył opinię „Analizę techniczną możliwości wykonania tramwaju dla miasta Krakowa” (opracowanie własne). Jednakże opinia ta, jako dokument własny, sporządzony przez samego odwołującego, uznana być może jedynie jako stanowisko strony. Nie stanowi natomiast dowodu w sprawie. Nadto wskazać należy, że opinia powyższa sporządzona została o założenia jakie przyjął odwołujący. Założenia, które nie zawsze muszą pokrywać się ze stanem faktycznym wynikającym z treści oferty przystępującego PESA Bydgoszcz.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....