

WYROK
z dnia 17 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Monika Szymanowska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2018 roku przez wykonawcę **Przemysłowy Instytut Maszyn Budowlanych Sp. z o.o. z Kobyłki (05-230)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A. z Chorzowa (41-506)**

przy udziale wykonawcy **Rafko KUC Sp.j. z Krakowa (31-036)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przemysłowy Instytut Maszyn Budowlanych Sp. z o.o. z Kobyłki (05-230)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przemysłowy Instytut Maszyn Budowlanych Sp. z o.o. z Kobyłki (05-230)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przemysłowy Instytut Maszyn Budowlanych Sp. z o.o. z Kobyłki (05-230)** na rzecz zamawiającego **Tramwaje Śląskie S.A. z Chorzowa (41-506)** kwotę 4 215,00 zł (słownie: cztery tysiące dwieście piętnaście złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup 2 sztuk pojazdów do prac przy sieci trakcyjnej w zakresie zadania nr 14 pn.: „Zakup pojazdów specjalistycznych technicznych” w ramach Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego etap I”, współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko” przez Tramwaje Śląskie S.A. z Chorzowa (dalej „zamawiający”) wykonawca Przemysłowy Instytut Maszyn Budowlanych Sp. z o.o. z Kobyłki (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę „Rafko” Kuc sp. j. (dalej „Rafko”) i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie wykluczenia Rafko z postępowania, pomimo zaistnienia w stosunku do Rafko podstawy wykluczenia, polegającej na niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającej na wykonaniu dostawy co najmniej 2 sztuk nowych pojazdów specjalistycznych dwudrogowych przeznaczonych do prac przy sieci trakcyjnej o wartości min. 1.000.000 PLN brutto (każde), które uzyskały homologację w co najmniej jednym z krajów Unii Europejskiej, bez względu na kraj pochodzenia wykonawcy i miejsce dostawy – w zakresie dotyczącym dostawy wskazanej w poz. 1 złożonego przez RAFKO „Wykazu wykonanych dostaw”,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie wykluczenia Rafko z postępowania, pomimo zaistnienia w stosunku do Rafko przesłanki wykluczenia, polegającej na przedstawieniu przez Rafko informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do spełnienia przez Rafko warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ; przedstawienie przez Rafko informacji nieprawdziwych miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w tym zwłaszcza na ocenę oferty Rafko i uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą,

3. ewentualnie: art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy Rafko do złożenia dalszych wyjaśnień odnośnie oświadczeń i dokumentów w zakresie ustalenia spełnienia przez Rafko warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ, w zakresie dotyczącym:
 - ustalenia, czy dokumenty złożone przez wykonawcę Rafko wraz z pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. dotyczą pojazdu wskazanego w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw”, czy też innego pojazdu,
 - ustalenia, czy pojazd wskazany w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” jest przeznaczony do pracy przy sieci trakcyjnej,
 - ustalenia, czy dostawa pojazdu określonego w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” została wykonana należycie, w tym zwłaszcza terminowo i zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi w SIWZ dla tej dostawy,
 - ustalenia, czy zabudowa pojazdu, którego dotyczą dokumenty załączone do pisma Rafko z dnia 10 grudnia 2018 r. została wykonana przez Rafko bądź inny podmiot, a w konsekwencji czy Rafko uzyskał samodzielnie kompetencje w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej na podstawie Rozdziału V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ,

mimo występowania niewyjaśnionych rozbieżności bądź uzasadnionych wątpliwości co do treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez Rafko, uzasadniających zastosowanie przez zamawiającego procedury z art. 26 ust. 4 Pzp,

4. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości postępowania, poprzez dokonanie badania oferty Rafko z naruszeniem tych zasad,
5. art. 7 ust. 3, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy Rafko wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Rafko jako najkorzystniejszej,
2. wykluczenia Rafko,
3. ewentualnie: wezwania Rafko do złożenia dalszych wyjaśnień odnośnie oświadczeń i dokumentów w zakresie wskazanym w pkt. 4.3 odwołania,
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wniósł nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

Odwołujący opisał przebieg przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak następuje.

Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 26 czerwca 2018 r.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 120-274592.

W Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wykonania przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej dostawę 2 sztuk nowych pojazdów specjalistycznych dwudrogowych przeznaczonych do prac przy sieci trakcyjnej o wartości min. 1.000.000 PLN brutto (każde), które uzyskały homologację w co najmniej jednym z krajów Unii Europejskiej, bez względu na kraj pochodzenia wykonawcy i miejsce dostawy.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, ww. warunku, zamawiający wymagał przedłożenia (Rozdział VI pkt III.3 ppkt 3.1 SIWZ): wykazu dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy, z zastrzeżeniem zapisów Rozdziału V pkt II ppkt 2.1 „Uwaga 3” – załącznik nr 5.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Dowód: Specyfikacja istotnych Warunków Zamówienia.

Dnia 6 sierpnia 2018 r. nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu. Oferty złożyli: odwołujący, RAFKO, Autobagi Polska sp. z o.o. oraz konsorcjum: Fabryka Maszyn „Bumar-Koszalin” S.A. i Hilton Engineering G.V.

Dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 6 sierpnia 2018 r. (w aktach Postępowania);

Do oferty Rafko załączone zostały m.in. dokumenty dotyczące spełnienia warunków w postaci „Wykazu wykonanych dostaw” wraz z referencjami, w tym „Referencją” wystawioną przez MPK Olsztyn opatrzoną adnotacją „Wydano dn. 12.12.2016 r.”).

W poz. 1 „Wykazu” (a także w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia – JEDZ) wykonawca Rafko podał następującą dostawę jako jedną z dwóch wymaganych na potwierdzenie spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu:

Opis przedmiotu dostawy - (w tym m.in. typ pojazdy, marka)	Ilość dostarczonych pojazdów	Data wykonania dostawy (dzień/ miesiąc/rok)	Nazwa i adres odbiorcy dostawy
Specjalistyczny dwudrogowy pojazd ratowniczy do z możliwością pracy przy sieciach trakcyjnych oraz wstawiania słupów trakcyjnych.		7.04.2017	Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. ul. Kołobrzeska 40 10-434 Olsztyn

Dowód: oferta Rafko.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2018 r. zamawiający podał, iż oferta Rafko została oceniona najwyżej, wobec czego wezwał Rafko (w związku przedłożeniem pozostałych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wraz z ofertą), na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp o potwierdzenie, w formie oświadczenia, że informacje zawarte w przedłożonych dokumentach i oświadczeniach są aktualne na dzień złożenia przedmiotowych dokumentów i oświadczeń.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2018 r.

Pismem z 30 sierpnia 2018 r. Rafko odpowiedział na ww. pismo zamawiającego – w jego treści Rafko odpowiedział na inne zamieszczone w ww. piśmie zamawiającego kwestie, natomiast nie odniósł się do zapytania dotyczącego potwierdzenia aktualności dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Dowód: pismo z dnia 30 sierpnia 2018 r. z załącznikami.

Dnia 7 września 2018 r. zamawiający skierował do Rafko kolejne pismo, wzywając do złożenia wyjaśnień dotyczących poz. 1 „Wykazu”:

- na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp – wyjaśnienie i uzupełnienie poz. 1 „Wykazu”, poprzez przedstawienie szczegółowego opisu pojazdu oraz wyjaśnienie rozbieżności w treści

dokumentów w zakresie opisu przedmiotu dostawy; jak wskazał zamawiający, pomiędzy opisem w poz. 1 „Wykazu” a opisem w „Referencji” MPK Olsztyn zachodzą różnice budzące wątpliwości zamawiającego co do spełnienia warunku udziału oraz udokumentowania dostawy; wyjaśnienie rozbieżności w treści dokumentów w zakresie dat, w tym wskazanie w jakiej dacie zostały wystawione załączone do oferty referencje MPK Olsztyn; zamawiający wskazał, że referencje MPK Olsztyn zawierają stempel „Wysłano dn. 12.12.2016 r.”, wskazując wcześniejszą datę niż data wykonania dostawy podana w „Wykazie”, tj. 7 kwietnia 2017 r.;

- na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp: uzupełnienie poz. 1 „Wykazu”, poprzez podanie marki pojazdu będącego przedmiotem wykazywanej dostawy;

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 7 września 2018 r.

Dnia 10 września 2018 r. Rafko odpowiedział na ww. pismo zamawiającego, podając, że:

1. opis dostarczonego pojazdu do MPK Olsztyn jest zgodny z referencjami,
2. pojazd został dostarczony do MPK Olsztyn w 2016 r. w ramach wynajmu, z późniejszą możliwością wykupu,
3. data wpisana w „Wykazie” jest datą wykupu pojazdu na własność przez MPK Olsztyn,
4. pojazd został dostarczony i był użytkowany przez odbiorcę w 2016 r., co ma potwierdzać załączony do pisma „Protokół odbioru /notatka” z 20 stycznia 2016 r.,
5. pojazd został wykonany na podwoziu marki IVECO;

Dowód: pismo RAFKO z dnia 10 września 2018 r. z załącznikami.

Dnia 12 października 2018 r. zamawiający skierował pismo do MPK Olsztyn, zadając dalsze pytania dotyczące dostawy wykonanej na rzecz tego podmiotu przez Rafko i daty wystawienia referencji. MPK Olsztyn udzielił odpowiedzi na ww. pismo w dniu 15 października 2018 r.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 12 października 2018 r. oraz pismo MPK Olsztyn z dnia 15 października 2018 r.

Dnia 13 listopada 2018 r. zamawiający skierował kolejne pismo do MPK Olsztyn, wnosząc o doprecyzowanie udzielonej odpowiedzi i podanie, czy dostarczony przez Rafko pojazd specjalny – ratowniczy żuraw samochodowy *„spełnia wymagania techniczno-eksploatacyjne do pracy brygad monterskich w ramach bieżącego utrzymania sieci trakcyjnej”*. *Pismem z dnia 23 listopada 2018 r. MPK Olsztyn podał, że ww. pojazd „służy do zabezpieczenia służb ratowniczych jako niezbędny do wkolejania tramwajów w przypadku*

jego wykończenia, lub w sytuacjach wymagających podniesienia tramwaju na torowisku. Pojazd pracuje pod trakcją z wyłączonym zasilaniem sieci trakcyjnej”.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 13 listopada 2018 r. oraz pismo MPK Olsztyn z dnia 23 listopada 2018 r.

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający ponownie wezwał Rafko do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp celem wyjaśnienia wątpliwości co do spełnienia przez pojazd wskazany w poz. 1 „Wykazu” warunku określonego w SIWZ w zakresie przeznaczenia pojazdu do prac przy sieci trakcyjnej.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 6 grudnia 2018 r.

Pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. Rafko odpowiedział na powyższe pismo zamawiającego, poprzez przedłożenie „*dodatkowych dokumentów potwierdzających dostawę pojazdów dwudrogowych do pracy przy sieci trakcyjnej*”

- 1) pismo MPK Olsztyn z dnia 7 grudnia 2018 r. „Potwierdzenie dostawy”,
- 2) protokół nr 11/09/2016,
- 3) deklaracja zgodności nr 023/2016,
- 4) certyfikat pochodzenia.

Dowód: pismo Rafko z dnia 10 grudnia 2018 r. z załącznikami.

Dnia 18 grudnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Rafko, której zamawiający przyznał łącznie 100 pkt.

Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 18 grudnia 2018 r.

Odwołujący ocenił, że ze znajdujących się w aktach postępowania dokumentów oraz dowodów powszechnie dostępnych wynika, że:

1. pojazd opisany w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ,
2. Rafko nie zrealizował dostawy określonej z poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” w sposób należyty,
3. Rafko nie uzyskał samodzielnie kompetencji w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnych z warunkiem udziału opisanym w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ odnośnie powoływanej przez Rafko dostawy pojazdu na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego sp. z o.o. w Olsztynie (dalej „MPK w Olsztynie”), wobec braku samodzielnego wykonania zabudowy pojazdu.

W ocenie odwołującego prawidłowa analiza dokumentów i informacji zgromadzonych w toku postępowania przez zamawiającego winna była prowadzić do wykluczenia Rafko

z postępowania z powodu niewykazania spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ – zamawiający zaniechał jednak dokonania wykluczenia Rafko z postępowania.

Odwołujący uznał, że o zasadności jego stanowiska świadczą następujące okoliczności sprawy:

1. Pojazd opisany w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” nie spełnia wymagań określonych w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ, ponieważ jak wynika z treści dokumentów zgromadzonych w postępowaniu, pojazd wskazany w poz. 1 „Wykazu” to:

- „*dwudrogowy pojazd ratowniczy do wkolejania tramwajów z możliwością pracy przy sieci trakcyjnej oraz wstawiania słupów trakcyjnych*” („Referencje” MPK Olsztyn, przedłożone wraz z ofertą RAFKO);
- „*pojazd specjalny - ratowniczy żuraw samochodowy na podwoziu trzyosiowym 6x4 pojazd dwudrogowy*” (pismo MPK Olsztyn z 15 października 2018 r.);
- pojazd służący do „*zabezpieczania służb ratowniczych jako niezbędny do wkolejania tramwajów w przypadku jego wykolejenia lub w sytuacjach wymagających podniesienia tramwaju na torowisku*” (pismo MPK Olsztyn z 23 listopada 2018 r.);

Stwierdził, że zastosowanie i funkcje ww. pojazdu nie są zgodne z wymaganiami przewidzianymi przez zamawiającego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ, ponieważ dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu należało wykazać się wykonaniem dostawy (co najmniej) 2 sztuk pojazdów specjalistycznych dwudrogowych przeznaczonych do prac przy sieci trakcyjnej. Pojazd „*przeznaczony do prac przy sieci trakcyjnej*” oznacza natomiast (co stanowi wiedzę powszechną dla uczestników rynku branżowego) pojazd przeznaczony do wykorzystywania do prac konserwacyjno-montażowych przy tramwajowej sieci trakcyjnej - wykonywania napraw i konserwacji sieci trakcyjnej jezdnej (napowietrznej), które polegają na wyniesieniu w górę ekipy monterskiej dla wykonania niezbędnych prac. Takiej funkcji nie spełnia natomiast wskazany przez Rafko w poz. 1 „Wykazu” pojazd, będący - co wynika z powyższych pism MPK Olsztyn - żurawiem samochodowym, który służy do wkolejania tramwajów i wstawiania słupów trakcyjnych.

Uzupełnił, że referencyjna dostawa pojazdu winna dotyczyć pojazdu zdatnego dla pracy przy włączonej sieci trakcyjnej, co w niniejszym postępowaniu - mimo kierowanych przez zamawiającego wezwań do udzielenia jednoznacznych wyjaśnień w przedmiotowym zakresie - nie zostało wykazane.

Wskazał, że faktowi temu zaprzecza natomiast jednoznaczne stwierdzenie zamieszczone w piśmie MPK Olsztyn z dnia 23 listopada 2018 r., iż „*pojazd pracuje pod trakcją z wyłączonym zasilaniem sieci trakcyjnej*”.

Podniósł przy tym, że załączone przez Rafko do pisma z 10 grudnia 2018 r. pismo MPK Olsztyn datowane 7 grudnia 2018 r. również nie potwierdza, ażeby pojazd wskazany przez

Rafko w poz. 1 „Wykazu” mógł pracować pod siecią trakcyjną z włączonym zasilaniem sieci trakcyjnej. Pozostałe dokumenty załączone przez Rafko do pisma z dnia 10 grudnia 2018 r., które - wedle twierdzeń Rafko - mają potwierdzać omawiane wymaganie, tj.:

- a) protokół nr 11/09/2016;
- b) deklaracja zgodności nr 023/2016;
- c) certyfikat pochodzenia;

nie dotyczą pojazdu, o którym mowa w poz. 1 „Wykazu”.

Odwołujący podniósł nadto, że Rafko nie zrealizował dostawy z poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” w sposób należyty.

Wskazał, że Rafko podał, że dostawa pojazdu z poz. 1 „Wykazu” została wykonana na rzecz MPK Olsztyn w roku 2016 w ramach wynajmu, z późniejszą możliwością wykupu na własność. Wykup na własność pojazdu przez MPK Olsztyn nastąpił 7 kwietnia 2017 r. (co podano w „Wykazie” jako data dostawy), natomiast pojazd został dostarczony i użytkowany przez odbiorcę w 2016 r., co potwierdza „Protokół odbioru /notatka/” z 20 stycznia 2016 r. Dowód: pismo Rafko z dnia 10 września 2018 r. z załącznikami.

Stanął na stanowisku, że z powyższych informacji oraz pozostałych dokumentów i oświadczeń przedstawionych w postępowaniu przez Rafko oraz MPK Olsztyn wynika natomiast, że dostawa pojazdu z poz. 1 „Wykazu” nie została wykonana w terminie przewidzianym dla zamówienia obejmującego przedmiotową dostawę, a zatem nie została wykonana w sposób należyty, ponieważ z powszechnie dostępnej dokumentacji postępowania MPK Olsztyn nr 6/6/2015 na dostawę pojazdów specjalnych w formie umowy najmu z możliwością wykupu (strona internetowa tego podmiotu), termin realizacji tego zamówienia wynosił 150 dni od daty podpisania umowy, ale nie później niż do dnia 31 grudnia 2015 r.

Podniósł, że niezależnie od tego, którą datę podaną w postępowaniu przez Rafko uznać za datę wykonania zamówienia na rzecz MPK Olsztyn, termin ten wykracza poza ww. termin przewidziany w SIWZ postępowania nr 6/6/2015 przeprowadzonego przez MPK Olsztyn.

Odwołujący zauważył, że wbrew twierdzeniom Rafko, „Protokół odbioru /notatka/” z 20 stycznia 2016 r. nie stanowi potwierdzenia dostarczenia pojazdu z poz. 1 „Wykazu”, a data tego dokumentu nie może być uznana za datę wykonania dostawy, ponieważ wynika z tego dokumentu, że 20 stycznia 2016 r. nie nastąpiło przekazanie pojazdu MPK Olsztyn, a *„przeprowadzono konsultacje i dodatkowe ustalenia dotyczące przedmiotu dostawy pojazdów”, ustalając dodatkowe elementy poprawiające funkcjonalność pojazdów, zaś „wobec zgłoszonych oczekiwań najemcy, dostawca proponuje rozwiązania konstrukcyjne i przedstawi warunki zawierającą jej wykonanie”*. – dokument stwierdza, że w dniu 20 stycznia 2016 r. omawiany pojazd znajdował się dopiero w fazie ustaleń konstrukcyjnych

między stronami i nie był w tym dniu dostarczony MPK Olsztyn. Dokument ten nie stanowi zatem dokumentu potwierdzającego dostawę pojazdu spełniającego wymagania określone przez Zamawiającego.

W ocenie odwołującego w toku postępowania nie zostało wykazane także przez Rafko, że dostawa z poz. 1 „Wykazu” została wykonana w sposób należyty również w zakresie wymagań technicznych – przedłożony przez Rafko „Protokół odbioru /notatka/” z dnia 20 stycznia 2016 r. nie stanowi bowiem potwierdzenia należytego wykonania dostawy, z uwagi na wykazane w nim braki w zakresie spełnienia wymogów technicznych (parametrów techniczno-eksploatacyjnych) z pkt. 19 do 26 i 28, 29, 33, 35, 37 Załącznika nr 2 do SIWZ postępowania nr 6/6/2015 przeprowadzonego przez MPK Olsztyn.

Uzupełnił, że pismem z dnia 7 grudnia 2018 r. (załącznik do pisma RAFKO z dnia 10 grudnia 2018 r.) MPK Olsztyn potwierdził dostawę i fakt wykorzystywania pojazdów dostarczonych w ramach zamówienia nr 6/6/2015 do „*prac związanych z budową, modernizacją, utrzymaniem ciągłości linii i sieci trakcyjnej oraz do wkolejania tramwajów*”, jednakże bez oceny spełnienia wymagań technicznych i funkcjonalnych określonych w zamówieniu.

Podniósł nadto, że Rafko nie uzyskał, w ramach dostawy wskazanej w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw”, oczekiwanych przez zamawiającego kompetencji w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnych z warunkiem z Rozdziału V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ, ponieważ, uwzględniając brzmienie tego warunku oraz zestawiając je z przedmiotem niniejszego zamówienia, którym jest dostawa 2 pojazdów specjalnych fabrycznie nowych do pracy przy sieci trakcyjnej jezdnej, spełniających szczegółowe wymagania zamawiającego określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), a także z funkcją warunków udziału w systemie prawa zamówień publicznych, jaką jest umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1a Pzp), należy stwierdzić, że pojęcie „dostawy” użyte w opisie warunku w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ obejmuje swoim zakresem również wytworzenie (dokonanie zabudowy) pojazdu referencyjnego.

Wskazał, że z dokumentów przedłożonych przez Rafko wraz z pismem z dnia 10 grudnia 2018 r., tj. deklaracji zgodności nr 023/2016 oraz certyfikatu pochodzenia wynika, że wykonawcą zabudowy pojazdu opisanego w tych dokumentach była firma EUROTRADE SAS z Włoch, nie zaś Rafko; Rafko nie dokonał samodzielnie zabudowy przedmiotowego pojazdu.

Uznał, że brak wykonania samodzielnie przez Rafko zabudowy pojazdu opisanego w dokumentach załączonych przez Rafko do pisma z dnia 10 grudnia 2018 r. oznacza (niezależnie od pozostałych okoliczności podniesionych w odwołaniu), że Rafko nie legitymuje

się samodzielnie wymaganymi przez zamawiającego w Rozdziale V pkt 11.2 ppkt 2.1.1 SIWZ kompetencjami technicznymi i zawodowymi dla realizacji przedmiotowego zamówienia i nie wykazał samodzielnego posiadania wymaganych przez zamawiającego zdolności technicznych lub zawodowych.

Zdaniem odwołującego w celu skutecznego powoływania się na dostawę pojazdu opisanego w dokumentach załączonych do pisma Rafko z 10 grudnia 2018 r. i uzyskanej w jej ramach zdolności i doświadczenia, Rafko winien powołać się na zdolności techniczne i zawodowe (tzw. zasoby) podmiotu trzeciego, co nie miało miejsca, zaś Rafko oświadczył o całkowicie samodzielnym wykonaniu zamówienia, bez udziału podmiotów trzecich bądź podwykonawców (Formularz ofertowy zamieszczony w ofercie Rafko).

Podsumował, że tym samym, wskazywana przez Rafko w ww. dokumentach dostawa nie może być uznana za potwierdzającą spełnienie przez Rafko warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ oraz, że konsekwencją powyższych okoliczności jest stwierdzenie, że dostawa wskazana przez Rafko w poz. 1 „Wykazu” na rzecz MPK Olsztyn nie spełnia wymagań określonych w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ – Rafko nie wykazał się w niniejszym postępowaniu wykonaniem co najmniej dwóch wymaganych przez zamawiającego dostaw o parametrach opisanych w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ, , wobec czego podlega wykluczeniu.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego należy uznać, że Rafko przedstawił w toku postępowania informacje istotne dla jego rozstrzygnięcia, wprowadzające zamawiającego w błąd odnośnie spełnienia przez Rafko warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ.

Stwierdził, że Rafko niewątpliwie bowiem posiadał pełną wiedzę i świadomość co do zakresu i sposobu realizacji przezeń zamówienia na rzecz MPK Olsztyn, przywołanego w zakresie 1 pojazdu w poz. 1 „Wykazu”, oraz faktu, że dostawa ta nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu, a mimo to: wskazał w „Wykazie” na przedmiotową dostawę jako referencyjną, stanowisko co do rzekomego spełniania przez tę dostawę ww. warunku udziału podtrzymywał przez cały przebieg postępowania, nie odpowiadał na pytania zadawane mu przez zamawiającego w zakresie omawianej dostawy, bądź też udzielał odpowiedzi niejednoznacznych, nieprecyzyjnych, wywołujących mylne wyobrażenie zamawiającego (np. załączając do pisma z dnia 10 grudnia 2018 r. dokumenty dotyczące innego pojazdu aniżeli opisany w poz. 1 „Wykazu”) co do rzeczywistego stanu rzeczy i spełnienia przez Rafko warunku udziału w postępowaniu, w tym zwłaszcza „mieszał” bądź łączył ze sobą w jedno informacje i dokumenty wszystkich pojazdów dostarczonych do MPK Olsztyn, mimo iż w postępowaniu odwoływał się do dostawy tylko jednego konkretnego pojazdu na rzecz MPK

Olsztyn i nie dokonywał na późniejszym etapie zmian w zakresie dostawy referencyjnej przywołanej w poz. 1 „Wykazu”.

Stanął na stanowisku, że działania Rafko doprowadziły do skutecznego wywołania u zamawiającego błędnego przekonania, iż dostawa opisana w poz. 1 „Wykazu” spełnia warunki określone w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ, co w dalszej kolejności przełożyło się na uznanie oferty Rafko za najkorzystniejszą i przyznanie zamówienia Rafko, pomimo braku ku temu rzeczywistych podstaw, co oznacza, że podane przez Rafko (w sposób zamierzony, bądź choćby lekkomyślny czy niedbały) informacje, złożone przezeń oświadczenia i dokumenty, stanowiły dane wprowadzające zamawiającego w błąd co do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia przetargu, a w konsekwencji dla niezgodnego z prawem podjęcia przez zamawiającego decyzji o przyznaniu zamówienia Rafko.

Podniósł wreszcie, że nawet w przypadku uznania, że aktualny stan postępowania nie pozwalałby na zastosowanie wobec Rafko sankcji wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp to jedyną możliwą alternatywą konkluzją jest uznanie, że zamawiający - wobec opisanych powyżej okoliczności faktycznych - nie wyjaśnił w sposób należyty kwestii kluczowych dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, nie ustalił bowiem jednoznacznie bądź też nie zweryfikował, czy:

- dokumenty złożone przez wykonawcę Rafko wraz z pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. dotyczą pojazdu wskazanego w poz. 1 „Wykazu”, czy też innego pojazdu,
- pojazd wskazany w poz. 1 „Wykazu” był przeznaczony do pracy przy sieci trakcyjnej, tj. pracy brygad monterskich w ramach utrzymania bieżącej sieci trakcyjnej, w tym wykonywania robót konserwacyjno- naprawczych, przy włączonej sieci trakcyjnej,
- dostawa pojazdu określonego w poz. 1 „Wykazu” została wykonana należyście, w tym zwłaszcza terminowo i zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi w SIWZ dla tej dostawy - w celu potwierdzenia zdolności technicznej i zawodowej Rafko zamawiający winien był w szczególności zażądać przedłożenia przez Rafko protokołu zdawczo-odbiorczego potwierdzającego spełnienie przez pojazd opisany w poz. 1 „Wykazu” wymagań SIWZ zamówienia nr 6/6/2015 przeprowadzonego przez MPK Olsztyn, w zakresie warunków technicznych oraz wymaganego terminu dostawy,
- czy zabudowa pojazdu, którego dotyczą dokumenty załączone do pisma Rafko z dnia 10 grudnia 2018 r. została wykonana przez Rafko bądź inny podmiot, a w konsekwencji czy Rafko uzyskał samodzielnie kompetencje w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej na podstawie Rozdziału V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 10 stycznia 2018 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odwołania z dnia 20 grudnia 2018 r. wraz z załącznikami, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 16 stycznia 2018 r., dokumentów złożonych na rozprawie przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego – zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy oznaczałoby, że odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy RAFKO z postępowania, pomimo zaistnienia podstawy wykluczenia, polegającej na niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającej na wykonaniu dostawy co najmniej 2 sztuk nowych pojazdów specjalistycznych dwudrogowych przeznaczonych do prac przy sieci trakcyjnej o wartości min. 1.000.000 PLN brutto (każde), które uzyskały homologację w co najmniej jednym z krajów Unii Europejskiej, bez względu na kraj pochodzenia wykonawcy i miejsce dostawy – w zakresie dotyczącym dostawy wskazanej w poz. 1 złożonego przez wykonawcę Rafko „Wykazu wykonanych dostaw”, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust.5 ustawy Pzp” część II pkt 2 ppkt 2.1.1. wskazał –

w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej – że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 2 sztuki nowych pojazdów specjalistycznych dwudrogowych przeznaczonych do prac przy sieci trakcyjnej o wartości min. 1.000.000 PLN brutto (każde), które uzyskały homologację w co najmniej jednym z krajów Unii Europejskiej, bez względu na kraj pochodzenia wykonawcy i miejsce dostawy.

W Rozdziale VI „Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia” w części III „Dokumenty wymagane od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona” pkt 3 ppkt 3.1. zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wymaga przedłożenia „Wykazu wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane z załączeniem dowodów, określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy – z zastrzeżeniem zapisów Rozdziału V pkt II ppkt 2.1”.

W Rozdziale XX „Załączniki” zamawiający podał załączniki do SIWZ w tym w pkt. 5) – Wykaz wykonanych dostaw.

Zgodnie ze wzorem załącznika nr 5 zamawiający wymagał od wykonawcy podania: opisu przedmiotu dostawy w tym m.in. typu pojazdu, marki – kolumna 1 tabeli, ilości dostarczonych pojazdów – kolumna 2 tabeli, dat wykonania dostawy – kolumna 3, nazwy i adresu odbiorcy dostawy (kolumna 4).

Pismem z dnia 20 lipca 2018 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na 18 pytań – wszystkie dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia. W toku postępowania wykonawcy nie zwracali się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu i dokumentów potwierdzających ich spełnianie.

Wraz z ofertą wykonawca Rafko złożył Wykaz wykonanych usług, w którym w pozycji 1 wskazał: specjalistyczny dwudrogowy pojazd ratowniczy z możliwością pracy przy sieciach

trakcyjnych oraz wstawiania słupów trakcyjnych w ilości 1 szt., data dostawy: 07.04.2017 r., odbiorca: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. z Olsztyna.

Do wykazu wykonawca Rafko załączył referencje Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego z Olsztyna o treści: *„Uprzejmie informujemy, że firma „RAFKO” KUC Sp.J. Dostarczyła do naszej zajezdni tramwajowej dwudrogowy pojazd ratowniczy do wkolejania tramwajów z możliwością pracy przy sieci trakcyjnej oraz wstawiania słupów trakcyjnych. Pojazd był wykonany z należytą starannością, uwzględniał wszystkie wymagania zawarte w SIWZ oraz został dostosowany do potrzeb klienta. Wartość dostawy: 1 650 000,00 złotych netto.”* ze stemplem, że referencje wysłano 12.12.2016 r.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2018 r. zamawiający zawiadomił, że oferta wykonawcy Rafko została oceniona najwyżej i wezwał tego wykonawcę, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do potwierdzenia, że informacje zawarte w przedłożonych dokumentach i oświadczeniach są aktualne na dzień ich złożenia.

Wykonawca Przemysłowy Instytut Maszyn Budowlanych Sp. z o.o. z Kobyłki (odwołujący) skierował do zamawiającego pismo z dnia 28 sierpnia 2018 r., w którym wskazał, w odniesieniu do dokumentów złożonych przez wykonawcę Rafko że *„data wysłania referencji jest wcześniejsza niż data wykonania dostawy wskazana w Wykazie wykonanych dostaw (...)”* oraz, że *„z treści referencji wynika, że przedmiotem dostawy był żuraw ratowniczy do wkolejania tramwajów i usuwania skutków zdarzeń z udziałem tramwajów, a według naszej opinii pojazd typu żuraw może być wykorzystywany do stawiania słupów trakcyjnych, ale w takiej konfiguracji nie jest możliwe wykorzystywanie go do prac konserwacyjno-montażowych przy tramwajowej sieci trakcyjnej.”*

Pismem z dnia 7 września 2018 r. zamawiający, wskazując na swoje dotychczasowe ustalenia wezwał wykonawcę Rafko, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia i uzupełnienia pozycji 1 Wykazu wykonanych usług, poprzez wyjaśnienie szczegółowego opisu pojazdu oraz wyjaśnienie rozbieżności w treści złożonych dokumentów w zakresie opisu przedmiotu dostawy oraz dat wykazanych w tych dokumentach, w tym wskazanie w jakiej dacie zostały wystawione załączone do oferty referencje MPK Sp. z o.o. w Olsztynie.

Zamawiający wezwał nadto wykonawcę Rafko, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia pozycji 1 Wykazu wykonanych dostaw, poprzez podanie marki pojazdu będącego przedmiotem wykazanej dostawy.

Wykonawca Rafko, odpowiadając na wezwanie zamawiającego – pismem z dnia 10 września 2018 r. – oświadczył, że:

- opis dostarczonego pojazdu jest zgodny z referencjami,

- pojazd został dostarczony w roku 2016 w ramach wynajmu z późniejszą możliwością wykupu,
- data wpisana w wykazie dostaw jest datą wykupu na własność pojazdu przez MPK Olsztyn od spółki Rafko,
- pojazd został dostarczony w 2016 roku, co potwierdza załączony protokół (stąd rozbieżność w datach na wykazie dostaw i dokumencie od MPK Olsztyn).

W załączonym do oświadczenia protokole z dnia 20 stycznia 2016 r. zawarto m.in. następującą treść: *„Dnia 20 stycznia 2016 roku zostały przeprowadzone konsultacje i dodatkowe ustalenia dotyczące przedmiotu dostawy pojazdów umowy z dnia 30 lipca 2015 roku nr umowy 6/6/2015. Ustalenia: przy pojeździe Iveco Trucker wyposażonego w żuraw ratowniczy należy dodatkowo rozważyć elementy poprawiające funkcjonalność pojazdu: (...), przy pojeździe Iveco Eurocargo wyposażonego w podest do naprawy urządzeń na dachu tramwaju należy dodatkowo wyposażyć rozważyć elementy poprawiające funkcjonalność pojazdu: (...). Wobec zgłoszonych oczekiwań najemcy, dostawca proponuje rozwiązania konstrukcyjne i przedstawi warunki zawierające jej wykonanie.”*

Protokół został podpisany przez osoby ze strony MPK Sp. z o.o. z Olsztyna oraz wykonawcy Rafko.

Pismem z dnia 12 października 2018 r. zamawiający zwrócił się do MPK Sp. z o.o. z Olsztyna o udzielenie następujących informacji:

„Czy każdy z dostarczonych Państwu przez wykonawcę RAFKO KUC Sp.j. z siedzibą w Krakowie w ramach postępowania przetargowego na dostawę pojazdów specjalnych w formie umowy najmu z możliwością wykupu: a) Samochód specjalny – ratowniczy żuraw samochodowy na podwoziu trzyosiowym terenowym 6x4 pojazd dwudrogowych, b) Samochód specjalny specjalistyczny dwudrogowy pojazd do naprawy urządzeń na dachu tramwaju i likwidacji awarii tramwaju na trasie (NR/6/06/2015), c) Pojazd specjalny – ratowniczy żuraw samochodowy na podwoziu trzyosiowym 6x4 pojazd dwudrogowy, spełnia wymagania techniczno-eksploatacyjne do pracy brygad monterskich w ramach utrzymania bieżącego sieci trakcyjnej, a w tym wykonywania robót konserwacyjno-naprawczych oraz stanowi pojazd specjalistyczny dwudrogowy przeznaczony do prac przy sieci trakcyjnej o wartości min. 1.000.000 PLN brutto, i uzyskał homologację w co najmniej jednym z krajów Unii Europejskiej ? 2) W jaki dniu wystawione zostały przez Państwa (...) referencje potwierdzające należyte wykonanie dostawy pojazdu (...) ? 3) Czy referencje te potwierdzają należyte wykonanie na Państwa rzecz przez RAFKO KUC Sp.j. z siedzibą w Krakowie dostawy pojazdu specjalnego – ratowniczy żuraw samochodowy na podwoziu trzyosiowym 6x4 pojazd dwudrogowy objętej ww. postępowaniem przetargowym ?”

Pismem z dnia 15 października 2018 r. MPK Sp. z o.o. z Olsztyna udzieliła następującej odpowiedzi: „1. MPK wystawiło referencje RAFKO KUC Sp. j. w grudniu 2016 i wysłała z dniem 12.12.2016r. Referencje te potwierdzają należyte wykonanie na rzecz naszego przedsiębiorstwa dostawy pojazdu specjalnego – ratowniczy żuraw samochodowy na podwoziu trzyosiowym 6x4 pojazd dwudrogowy. Pojazd w dalszym ciągu pozostaje w użytkowaniu w zasobach MPK Sp. z o.o. w Olsztynie. 2) Dostarczony pojazd posiada homologację kraju europejskiego (...) oraz dopuszczenie jednostkowe Dyrektora Transportu Dozoru Technicznego (...)”.

Pismem z dnia 13 listopada 2018 r. zamawiający zwrócił się ponownie do MPK Sp. z o.o. z Olsztyna z prośbą o doprecyzowanie, czy dostarczony pojazd spełnia wymagania techniczno-eksploatacyjne do prac brygad monterskich w ramach bieżącego utrzymania sieci trakcyjnej.

Odpowiadając, pismem z dnia 23 listopada 2018 r., MPK Sp. z o.o. z Olsztyna poinformowała, że „pojazd służy do zabezpieczenia służb ratowniczych jako niezbędny do wkolejania tramwajów w przypadku jego wkolejenia, lub w sytuacjach wymagających podniesienia tramwaju na torowisku. Pojazd pracuje pod trakcją z wyłączonym zasilaniem sieci trakcyjnej”.

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający, prezentując swoje dotychczasowe ustalenia w szczególności na podstawie ww. pisma z 23 listopada 2018 r. oraz wskazując na wątpliwość, czy dostarczony pojazd był przeznaczony do pracy przy sieci trakcyjnej, ponownie wezwał wykonawcę Rafko, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie przeznaczenia pojazdu z pozycji 1 Wykazu wykonanych dostaw. Zamawiający stwierdził, że „Możliwość pracy (...) pod siecią trakcyjną z wyłączonym zasilaniem sieci trakcyjnej nie jest bowiem równoznaczne z możliwością wykonywania przez ten pojazd pracy przy sieci trakcyjnej, przez które należy rozumieć możliwość wykonywania napraw i konserwacji sieci trakcyjnej jezdnej (napowietrznej).”

Do pisma z dnia 10 grudnia 2018 r. wykonawca Rafko załączył dodatkowe dokumenty:

- pismo MPK Sp. z o.o. z Olsztyna z dnia 7 grudnia 2018 r. [(„Na wniosek firmy Rafko Kuc Sp.J z siedzibą w Krakowie (...) potwierdzamy, iż spółka (...) w 2016 roku dostarczyła do Naszego zakładu dwa pojazdy drogowo-szynowe. Pojazdy zostały dostarczone z pełną dokumentacją gotową do rejestracji pojazdów w wydziale komunikacji, dokumentacją potwierdzającą zgodę na użytkowanie urządzeń poddozorowych wydaną przez Urząd Dozoru Technicznego oraz badaniem izolacji do pracy pod napięciem. Nasza firma używa tych pojazdów do prac związanych z budową,

modernizacją, utrzymaniem ciągłości linii i sieci trakcyjnej przy wyłączonym zasilaniu sieci trakcyjnej lecz to jest nasze wewnętrzne zarządzenia.(...)],

- Protokół nr 11/09/2016,
- Deklarację zgodności numer 023/2016,
- Deklarację pochodzenia.

Pismem z dnia 18 grudnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Rafko.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Prawem, a jednocześnie obowiązkiem, nałożonym przez ustawodawcę na zamawiającego przepisem art. 36 ust. 1 ustawy Pzp jest wskazanie w treści SIWZ warunków udziału w postępowaniu.

Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, do czego obliguje zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od zamawiającego, aby w szczególności w toku badania i oceny zdolności podmiotowych wykonawców nie odstępował od ustalonych uprzednio postanowieniami SIWZ warunków udziału w postępowaniu. Dla wypełnienia wskazanego obowiązku niezbędnym jest, aby ocena zdolności podmiotowych wykonawcy odbyła się ściśle według brzmienia ustalonego warunku udziału w postępowaniu, nie zaś według wymagań, który nie zostały wyartykułowane w SIWZ, z którymi wykonawcy na etapie składania ofert nie zostali zapoznani, czy przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia.

Dopuszczenie (na etapie badania i oceny zdolności podmiotowych wykonawcy) rozumienia warunku w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia – jak chciał tego odwołujący – oznaczałoby w istocie nieuprawnione przejście przez odwołującego prawa i obowiązku zamawiającego (który w SIWZ już podał konkretne brzmienie warunku), czy też oznaczałoby nieuprawnioną zmianę przez zamawiającego warunku, który w dedykowanej części SIWZ przedmiotowego postępowania do opisu przedmiotu zamówienia w żaden sposób nie nawiązywał.

Odwołując się do brzmienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej stwierdzić należy, że bezspornie zamawiający nie wyartykułował, że użyte w tym warunku sformułowanie „prace przy sieci trakcyjnej” należy rozumieć jako „prace konserwacyjno-montażowe przy tramwajowej sieci trakcyjnej” (na takie rozumienie wskazał odwołujący w piśmie do zamawiającego z 28 sierpnia 2018 r.), czy jako „prace brygad monterskich w ramach utrzymania bieżącego sieci trakcyjnej, a w tym wykonywania robót konserwacyjno-naprawczych” (na takie

rozumienia wskazał zamawiający w piśmie z 12 października 2018 r. do MPK Sp. z o.o. z Olsztyna oraz w piśmie z 13 listopada 2018 r. do wykonawcy Rafko), czy jako „prace konserwacyjno-montażowe przy tramwajowej sieci trakcyjnej – wykonywania napraw i konserwacji sieci trakcyjnej jezdnej (napowietrznej), które polegają na wyniesieniu w górę ekipy monterskiej dla wykonania niezbędnych prac” (na takie rozumienie wskazał odwołujący w odwołaniu – str. 11/12).

Brak także w warunku wymogu, że chodzi o pracę przy włączonej sieci trakcyjnej, czy też, że chodzi o samochód – podest ruchomy wg normy PN-EN 280 grudzień 2003.

Podkreślić należy, że ani odwołujący, ani inni wykonawcy nie kwestionowali przed terminem składania ofert ustanowionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w tym w szczególności jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, czy proporcjonalności.

Na podstawie brzmienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej stwierdzić należy, że zamawiający, poprzez sformułowanie – pojazdy przeznaczone do prac przy sieci trakcyjnej – ustanowił ten warunek szeroko, a nie zawężająco – w języku polskim przyimek „przy” sygnalizuje stosunek współwystępowania w czasie, czy współwystępowania w miejscu. W sformułowaniu „prace przy sieci trakcyjnej” przyimek ten rozumieć można zarówno jako prace bezpośrednio przy sieci trakcyjnej (wręcz na sieci trakcyjnej), jak i prace „jedynie” w pobliżu sieci trakcyjnej.

Wskazując na powyższe, uprawnione w świetle brzmienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jego rozumienie stwierdzić należy, że dostawa referencyjna z pozycji 1 Wykazu wykonanych dostaw wykonawcy Rafko odpowiada wymaganiu, iż chodzi o pojazd przeznaczony do prac przy sieci trakcyjnej.

Podkreślić należy, że sam odwołujący w toku rozprawy przyznał, że prace polegające na wstawianiu słupów trakcyjnych to prace przy sieci trakcyjnej. Nie sposób zatem uznać, że wykonawca Rafko nie wykazał spełniania warunku skoro pojazd z pozycji 1 Wykazu to pojazd do pracy, polegającej także na wstawianiu słupów, którego wykonanie z należyłą starannością i dostarczenie potwierdził wskazany w pozycji 1 Wykazu odbiorca – MPK Sp. z o.o. z Olsztyna.

Twierdzenie odwołującego z rozprawy co do wstawiania słupów trakcyjnych, tj. iż jest to jedynie niewielki procent prac przy sieci trakcyjnej występujących bardzo rzadko (przyjmując nawet, że jest prawdziwe) pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia brzmienia warunku udziału w postępowaniu, w którym nie zawarto wymogu, aby referencyjna dostawa dotyczyła pojazdu, którego głównym, czy przeważającym przeznaczeniem jest praca przy sieciach trakcyjnych.

Odnosząc się do terminowości wykonania dostawy pojazdu z pozycji 1 Wykazu podnieść należy w pierwszej kolejności, że niezasadne jest utożsamianie terminu realizacji umowy z dnia 30 lipca 2015 r. zawartej pomiędzy wykonawcą Rafko a MPK Sp. z o.o. z Olsztyna z terminem dostawy pojazdu. Podnieść bowiem należy, że umowa ta to „umowa na dostawę pojazdów specjalnych w formie najmu z możliwością wykupu”. Istotny dla wykazania spełniania warunku dostawy pojazdu przeznaczonego do prac przy sieci trakcyjnej jest termin dostawy pojazdu – żurawia ratowniczego, nie zaś realizacji umowy w tej części, która dostawy nie stanowi.

Ww. umowa z dnia 30 lipca 2015 r. została zawarta po przeprowadzeniu przez MPK Sp. z o.o. z Olsztyna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr 6/6/2015, z terminem realizacji do dnia 30 września 2015 r. (wg Rozdziału 5 SIWZ tego postępowania), zmienionym przez MPK Sp. z o.o. z Olsztyna pismem z 25 czerwca 2015 r. – do dnia 31 grudnia 2015 r.

Sama umowa przewidywała dostawę pojazdów w terminie do 28 grudnia 2015 r. (§ 2 ust. 1), które MPK Sp. z o.o. z Olsztyna miała najmować przez okres 14 miesięcy od dnia jej zawarcia (§ 8 ust. 1) z wykupem pojazdów po upływie okresu najmu za ustaloną cenę (§ 8 ust. 2).

Umowa dopuszczała także zmianę terminu dostawy na skutek zmian uwarunkowań finansowych po stronie najemcy (§ 12 ust. 2 lit. b), a także zmiany organizacji spełniania świadczenia w przypadkach, gdy jest to uzasadnione potrzebami najemcy, tj. w szczególności zmiany terminu dostawy, czy zmian zasad dokonywania odbiorów przedmiotu zamówienia (§ 12 ust. 2 lit. e) ppkt 1 i 2).

Jak oświadczył wykonawca Rafko w piśmie z dnia 10 września 2018 r. dostawa pojazdu z pozycji 1 Wykazu nastąpiła w 2016 roku, zaś realizacja umowy w części polegającej na wykupie pojazdu nastąpiła w dniu 7 kwietnia 2017 roku, którą to datę wykonawca wskazał w Wykazie.

Z protokołu odbioru – notatki z dnia 20 stycznia 2016 r. (załączony do pisma wykonawcy Rafko z dnia 10 września 2018 r.), podpisanego przez osoby zarówno ze strony zamawiającego (MPK Sp. z o.o. z Olsztyna) jak i wykonawcy Rafko wynika, że w protokole zgłoszone zostały dodatkowe oczekiwania najemcy – MPK Sp. z o.o. z Olsztyna, poprawiające funkcjonalność pojazdu, których wykonanie zaproponować miał dostawca – Rafko.

Dostrzec należy, że w ww. notatce mowa jest o „dodatkowych ustaleniach”, o „dodatkowych elementach poprawiających funkcjonalność pojazdu”, a także o „oczekiwaniach najemcy”, wobec których dostawca proponuje rozwiązania konstrukcyjne i przedstawi warunki wykonania, które – w ocenie składu orzekającego Izby – uznać należy za wymagania najemcy, tj. MPK Sp. z o.o. z Olsztyna i to wymagania dodatkowe wobec

wymagań ujętych w przetargu nieograniczonym w wyniku, którego doszło do zawarcia umowy z dnia 30 lipca 2015 r., a które z natury rzeczy wymagały czasu.

Powyższe ustalenia co do dopuszczalnych w umowie zmian oraz oczekiwań MPK Sp. z o.o. z Olsztyna wskazanych w notatce w powiązaniu z oświadczeniami tego podmiotu, tj.

- w referencjach z grudnia 2016 roku (skoro wysłano je 12.12.2016 r.) załączonych do Wykazu, iż wykonawca Rafko dostarczył dwudrogowy pojazd ratowniczy do wkolejania tramwajów z możliwością pracy przy sieci trakcyjnej do wkolejania tramwajów oraz wstawiania słupów trakcyjnych,
- w piśmie z dnia 15 października 2018 r., w którym dodatkowo wystawca referencji stwierdził, że referencje potwierdzają należyte wykonanie na jego rzecz dostawy pojazdu specjalnego – ratowniczego żurawia samochodowego na podwoziu trzyosiowym 6x4 pojazd dwudrogowy,
- w piśmie z dnia 7 grudnia 2018 r., w którym dodatkowo wystawca referencji potwierdził dostawę pojazdów (nie podnosząc żadnych zastrzeżeń)

prowadzić musi do wniosku, że pomimo, iż termin dostawy pojazdu nastąpił w grudniu 2016 roku (a nie do końca 2015 roku jak przewidziano w umowie), to termin ten nie stanowił nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę Rafko (innymi słowy wykonawca w 2016 roku dokonywał jeszcze, realizując dodatkowe oczekiwania najemcy, zmian pojazdu poprawiających jego funkcjonalność w stosunku do funkcjonalności wynikających w SIWZ, do czego był zobowiązany na mocy zawartej między stronami umowy).

Odwołujący całkowicie pominął fakt dokonywania dodatkowych uzgodnień, mających wpływ na realizację zamówienia, do czego strony były uprawnione na mocy zawartej umowy i co znalazło odzwierciedlenie w zebranych materiale procesowym, pozostając przy twierdzeniach kiedy to zdaniem odwołującego termin wykonania zamówienia winien upłynąć. Takie działanie nie mogło podważyć treści wystawionych przez MPK Sp. z o.o. w Olsztynie referencji, a stanowiło wyłącznie spekulacje odwołującego, w oderwaniu od rzeczywistego przebiegu realizacji zamówienia, które zostało wykonane należyście, co jednoznacznie i kilkakrotnie potwierdził zamawiający.

Nie sposób w tych okolicznościach podważać oświadczeń MPK Sp. z o.o. z Olsztyna, która przecież jako odbiorca kwestionowanej przez odwołującego dostawy ma najlepszą wiedzę na temat przebiegu realizacji umowy w ramach, której dostawa ta została wykonana.

Odnosząc się do wykonania dostawy pojazdu z pozycji 1 Wykazu w sposób należyty w zakresie wymagań technicznych podnieść należy, że twierdzenie odwołującego – na podstawie treści protokołu z 20 stycznia 2016 r. – iż nie zostały spełnione wymagania

z pkt. 19 do 26 i 28, 29, 33, 35, 35, 37 Załącznika nr 2 do SIWZ postępowania nr 6/6/2015 (str. 12 odwołania, ostatni akapit) nie znajduje potwierdzenia.

Po pierwsze dlatego, że nie są znane wymagania techniczne z załącznika nr 2 do SIWZ postępowania 6/6/2015 – nie zaprezentował ich odwołujący.

Po drugie, jak wskazano powyżej, treść protokołu – notatki traktuje o dodatkowych oczekiwaniach najemcy. Nie do przyjęcia jest założenie, że wymagania techniczne wskazane w postanowieniach SIWZ danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią by miały dodatkowe oczekiwania zamawiającego, co do których – jak czytamy w protokole – notatce z 20 stycznia 2016 r. – dostawca przedstawi warunki wykonania.

Odnosząc się do tego, że wykonawca Rafko nie uzyskał w ramach dostawy z pozycji 1 Wykazu oczekiwanych przez zamawiającego kompetencji w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z tego powodu, że nie wytworzył pojazdu, który dostarczył, stwierdzić należy, że wytworzenie pojazdu – dokonanie zabudowy podwozia nie jest niezbędne dla uznania zrealizowania dostawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ dostawa, zgodnie z ustawą Pzp to *„nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację”* (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Dostawa może być zatem nabyciem rzeczy nie tylko na podstawie umowy dostawy, ale także na podstawie innych umów, których istotnym elementem nie jest wytworzenie rzeczy.

Okoliczność, że to nie wykonawca Rafko, ale inny podmiot wytworzył dostarczony przez tego wykonawcę pojazd pozostaje bez znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Reasumując, skład orzekający Izby uznał, że wykonawca Rafko wykazał, że należycie wykonał dostawę pojazdu przeznaczonego do prac przy sieci trakcyjnej zrealizowaną na rzecz MPK Sp. z o.o. z Olsztyna z pozycji 1 Wykazu, co wobec braku kwestionowania drugiej z dostaw z Wykazu oznacza, że wykonawca Rafko wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co tym samym oznacza brak podstaw wykluczenia Rafko z udziału w postępowaniu.

Zarzuty:

- zaniechania wykluczenia wykonawcy Rafko z postępowania, pomimo zaistnienia przesłanki wykluczenia, polegającej na przedstawieniu przez tego wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ, przedstawienie

informacji nieprawdziwych, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w tym zwłaszcza na ocenę oferty wykonawcy Rafko i uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

- zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Rafko do złożenia dalszych wyjaśnień odnośnie do oświadczeń i dokumentów w zakresie ustalenia spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ, w zakresie dotyczącym:

- ustalenia, czy dokumenty złożone przez wykonawcę Rafko wraz z pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. dotyczą pojazdu wskazanego w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw”, czy też innego pojazdu,
- ustalenia, czy pojazd wskazany w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” jest przeznaczony do pracy przy sieci trakcyjnej,
- ustalenia, czy dostawa pojazdu określonego w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” została wykonana należyście, w tym zwłaszcza terminowo i zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi w SIWZ dla tej dostawy,
- ustalenia, czy zabudowa pojazdu, którego dotyczą dokumenty załączone do pisma wykonawcy Rafko z dnia 10 grudnia 2018 r. została wykonana przez wykonawcę Rafko bądź inny podmiot, a w konsekwencji czy wykonawca Rafko uzyskał samodzielnie kompetencje w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej na podstawie Rozdziału V pkt II.2 ppkt 2.1.1 SIWZ,

mimo występowania niewyjaśnionych rozbieżności bądź uzasadnionych wątpliwości co do treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę Rafko, uzasadniających zastosowanie przez zamawiającego procedury z art. 26 ust. 4 Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

- przeprowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości postępowania, poprzez dokonanie badania oferty Rafko z naruszeniem tych zasad, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- udzielenia zamówienia wykonawcy Rafko wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp

nie potwierdziły się.

W konsekwencji uznania (zarzut pierwszy), że wykonawca Rafko, poprzez złożone przez siebie oświadczenia i dokumenty wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz w konsekwencji uznania, że kwestia wytworzenia przez wykonawcę pojazdu z Wykazu pozostaje bez znaczenia, skład orzekający

Izby uznał, że ww. zarzuty nie potwierdziły się (abstrahując nawet od oceny, czy zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp został poprawnie – skutecznie sformułowany).

Nie można bowiem twierdzić, że wykonawca Rafko przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, czy informacje nieprawdziwe co do zdolności technicznych lub zawodowych, ani nie można twierdzić, że konieczne są dalsze wyjaśnienia w obliczu ustalenia, że wykonawca Rafko wykazał, poprzez już złożone oświadczenia i dokumenty, że legitymuje się oczekiwanymi przez zamawiającego zdolnościami.

Uwzględniając powyższe, wobec tego, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) oraz litera b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....