

**WYROK  
z dnia 8 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez Odwołującego: Wood-Pack Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejski Zakład Komunikacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie,

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Miejskiemu Zakładowi Komunikacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie:
  - 1.1 unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego Wood-Pack Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
  - 1.2 dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Miejski Zakład Komunikacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawcę Wood-Pack Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz wykonawcy Wood-Pack Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 11 437,41 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta trzydzieści siedem złotych 41/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Miejski Zakład Komunikacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia którego przedmiotem jest „Naprawa główna P-5 parowozu Px48 nr ewidencyjny 3901”, (numer postępowania NO-LK-2210-01Q/2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 marca 2018 r. pod nr 537022-N-2018.

W dniu 28 maja 2018 r. Odwołujący, wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności zamawiającego, polegające na:

1. wykluczeniu Odwołującego,
2. odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo że wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ),
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji gdy nie zachodziły przesłanki do wykluczenia go z udziału w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 1 w zw. z 22 ust. 1a Pzp ponieważ czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty zostały dokonane z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia, a to wobec oczywistej sprzeczności pomiędzy podstawami wykluczenia powołanymi

przez Zamawiającego, a treścią wymogów określonych w SIWZ, których spełnienie zostało należycie przez Odwołującego wykazane.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonych czynności podjętych w postępowaniu, tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznanie jego oferty za odrzuconą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Pismem z 22 maja 2018 r., Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty. Czynność Zamawiającego została uzasadniona tym, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymagań technicznych i zawodowych określonych w pkt 5.3.3. SIWZ czyli nie wykazał, że wykonał naprawę główną P5, o wartości co najmniej 200 000,00 zł, która obejmowałaby wymianę skrzyni ogniowej parowozu. Analiza uzasadnienia zawartego w powołanym powyżej piśmie wskazuje, że argumentacja Zamawiającego w zakresie negatywnej oceny spełnienia wymogu zdolności technicznej i zawodowej przez Odwołującego ograniczała się do pkt 5.3.3. ppkt 1 SIWZ sprowadzając się do następujących twierdzeń:

1. wykonana i udokumentowana przez Odwołującego naprawa główna P5 nie przedstawiała wartości co najmniej 200.000,00 zł brutto;
2. wykonana naprawa nie obejmowała naprawy głównej P5 z wymianą skrzyni ogniowej parowozu lub innego pojazdu kolejowego;
3. nie zostało wykazane, że naprawiony pojazd jest obiektem muzealnym.

Zgodnie z pkt 5.3.3. ppkt 1 SIWZ Wykonawca był zobowiązany do wykazania, że wykonał należycie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia tj. naprawie głównej P5 wąskotorowego pojazdu kolejowego będącego eksponatem muzealnym, o wartości co najmniej 200 000,00 zł. Zestawienie powyższego warunku z dokumentami przedstawionymi w toku postępowania przez Odwołującego wskazuje, że stanowisko Zamawiającego było błędne.

Do dokumentacji Postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący przedłożył dokument z 29 grudnia 2017 r. stanowiący poświadczenie, że wykonał on na rzecz Towarzystwa

Koszalińskiej Kolei Wąskotorowej (dalej TKKW) usługę polegającą na naprawie głównej poziomu P5 wąskotorowego wagonu (pojazdu) kolejowego o wartości usługi 205 000,00 zł brutto. Ponieważ powyższe poświadczenie zostało uznane przez Zamawiającego za niewystarczające, Wykonawca przedłożył dalsze dokumenty, w tym m.in. pismo TKKW z 9 maja 2018 r. potwierdzające należyte wykonanie naprawy, Umowę z 1 lutego 2015 r. zawartą pomiędzy TKKW a Odwołującym (dalej Umowa) wraz z załącznikiem dotyczącym dokonanej naprawy, protokół jazdy próbnej z 25 lipca 2015 r. i protokół dopuszczenia eksploatacji wagonu po naprawie. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie było zatem żadnych wątpliwości, że wartość wykonanej usługi przewyższała wymaganą przez SIWZ wartość 200 000,00 zł. Potwierdzały to zarówno pisma TKKW, jak również § 3 ust. 1 i 2 Umowy. Płatność wynagrodzenia z tytułu zrealizowanej usługi została rozłożona na transze, ale nie umniejsza to okoliczności, że wykonana usługa przedstawiała wartość wyższą niż wymagana na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający formułując warunki udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie zastrzegł, że na potwierdzenie warunku wykonawcy mogą przedstawić wyłącznie takie usługi, które zostały zakończone również pod względem finansowym.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 poz. 1126) wystarczającymi dokumentami dla wykazania spełnienia warunków określonych w SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej są referencje uzyskane od podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane. Kryterium to spełniały w sposób wystarczający przedstawione Zamawiającemu i powołane powyżej pisma TKKW z 29 grudnia 2017 r. oraz 9 maja 2018 r. Ponadto, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, mógł stosownie do § 2 ust. 6 rozporządzenia zwrócić się bezpośrednio do TKKW o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Wymaganie, by udokumentowana przez Odwołującego usługa obejmowała naprawę główną P5 z wymianą skrzyni ogniowej parowozu lub innego pojazdu kolejowego było niezgodne z postanowieniami SIWZ.

Formułując pkt 5.3.3. ppkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia uzna naprawę główną P5 wąskotorowego pojazdu kolejowego będącego eksponatem muzealnym. Fakt, że przedmiot zamówienia został określony w pkt 3.1. SIWZ jako wykonanie naprawy głównej P5, z wymianą skrzyni ogniowej, parowozu wąskotorowego Px48 nr ewidencyjny 3901 oraz naprawy tendra Pt6x48, nie oznaczał, że w świetle pkt 5.3.3. ppkt 1 SIWZ jako usługi równoważne - świadczące o zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy - należy rozumieć tylko usługi obejmujące dokładnie taki sam zakres prac. Zamawiający wskazał

w SIWZ, że oczekuje wykazania robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia, a definiując to we wskazany powyżej sposób jednoznacznie ustalił szersze kryteria dopuszczalności.

Wykładnia SIWZ dokonana w toku oceny ofert przez Zamawiającego była nietrafna, bo prowadziła do wniosku, że ofertę może złożyć wyłącznie podmiot, który wykonywał już usługę o zakresie określonym literalnie: „wykonanie naprawy głównej P5, z wymianą skrzyni ogniowej parowozu wąskotorowego Px48 nr ewidencyjny 3901 oraz naprawy tendra Pt6x48” - co byłoby nieracjonalne i sprzeczne z zasadą proporcjonalności postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie mógł również oczekiwać, że w ramach innej usługi wykonana została wymiana skrzyni ogniowej. Pojęcie pojazdu kolejowego zgodnie z art. 4 pkt 6 Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2117 z późn. zm.) jest definiowane jako oznaczające pojazd z napędem lub bez napędu dostosowany do poruszania się na własnych kołach po torach kolejowych. Jest to zatem np. lokomotywa, ale również wagon czy drezyna. Z dokumentów przedstawionych Zamawiającemu bezsprzecznie wynikało, że naprawa dotyczyła pojazdu kolejowego, tj. wagonu, który z natury rzeczy nie jest wyposażony w napęd i tym samym skrzynię ogniową. Jeżeli Zamawiający użył w pkt 5.3.3. ppkt 1 SIWZ pojęcia „pojazd kolejowy”, a w uzasadnieniu podjętych czynności sam wskazał, że dopuszczał inny niż parowóz „pojazd kolejowy”, to nie mógł z tego powodu wykluczyć Odwołującego i odrzucić złożonej przez niego oferty.

Twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie wykonał naprawy pojazdu kolejowego będącego eksponatem, obiektem muzealnym było chybione. W ramach powszechnie uznawanej definicji obiekt muzealny, to przedmiot o szczególnej wartości naukowej, historycznej, artystycznej lub kulturowej, przechowywany i wystawiany na pokaz w muzeach itp. obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, ochronnych. Zgodnie z art. 21 ust. 1 i 1a Ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 720 z późn. zm.) muzealiami są rzeczy ruchome i nieruchomości stanowiące własność muzeum i wpisane do inwentarza muzealiów lub stanowiące własność podmiotu, który utworzył muzeum, oraz wpisane do inwentarza muzealiów. Kryteria te w całości spełniał naprawiony przez Odwołującego wagon BTxhpi 4401-2, wpisany do inwentarza muzeum istniejącego przy Koszalińskiej Kolei Wąskotorowej.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo że wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ potwierdził się.**

Izba ustaliła, że zgodnie z Punktem 5 SIWZ – „Warunki udziału w postępowaniu oraz wykazanie braku podstawy wykluczenia z postępowania.”, pkt 5.3.3. warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej został uregulowany następująco: „Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (...), jeżeli wykaże, że:

1. wykonał należycie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia tj. naprawie głównej P5 wąskotorowego pojazdu kolejowego będącego eksponatem muzealnym, o wartości brutto co najmniej 200 000,00 zł. (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100);
2. posiada aktualne Uprawnienie, wydane przez Transportowy Dozór Techniczny w formie decyzji administracyjnej, potwierdzające posiadanie przez Wykonawcę uprawnień do wykonywania działalności związanej z naprawą kotłów parowozowych lub działa w oparciu o art. 9 ustawy z dnia 21 grudnia 2000 roku o dozorze technicznym (Dz. U. z 2017 roku poz. 1040 z późniejszymi zmianami);
3. wydeleguje do kierowania pracami przy naprawie lokomotywy osobę posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie w pracach naprawczych lokomotyw parowych.”

Zgodnie z Punktem 6 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia”, ppkt 6.1.2 SIWZ „w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt. 5.3.3. SIWZ zamawiający żąda od wykonawcy:

- a) wykazu usług (załącznik nr 5 do SIWZ), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonywania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi 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; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- b) aktualnego Uprawnienia, wydanego przez Transportowy Dozór Techniczny w formie decyzji administracyjnej, potwierdzającego posiadanie przez Wykonawcę uprawnień do wykonywania działalności związanej z naprawą kotłów parowozowych lub dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca działa w oparciu o art. 9 ustawy z dnia 21 grudnia 2000 roku o dozorze technicznym (Dz. U. z 2017 roku poz. 1040 z późniejszymi zmianami);
- c) wykazu osób (załącznik nr 5a) oraz dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca dysponuje osobą zdolną do kierowania pracami przy naprawie lokomotywy, posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie w pracach naprawczych lokomotyw parowych.”

W dniu 13 kwietnia 2018 r. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt. 5.3.3. SIWZ. Żądane dokumenty były odzwierciedleniem przytoczonych wyżej wymogów określonych w punkcie 6 SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący 20 kwietnia 2018 r. przekazał Zamawiającemu żądane dokumenty, w tym wypełniony wykaz usług (załącznik nr 5 do SIWZ). Przedmiotem wykazanej usługi była zrealizowana na rzecz TKKW naprawa P5 wąskotorowego pojazdu kolejowego (wagonu) wpisanego na rejestr muzealiów, zakończona w lipcu 2015 r., o wartości 205 000 zł brutto. Do wykazu usług załączone zostało poświadczenie (referencje) z 29 grudnia 2017 r. wystawione przez TKKW, którego treść potwierdzała należyłą realizację usługi oraz potwierdzała fakt, że wyremontowany przez Odwołującego wagon wąskotorowy był wpisany na inwentarz muzeum istniejącego



przy Koszalińskiej Kolei Wąskotorowej. Ponadto Odwołujący przedstawił Zamawiającemu oświadczenie, że realizując naprawę P5 wąskotorowej lokomotywy parowej Px48-3901 będzie działał na podstawie art. 9 ustawy z dnia 21 grudnia 2000 roku o dozorcze technicznym (Dz. U. z 2017 roku poz. 1040 z późn. zmianami).

W dniu 7 maja 2018 r. na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Dyspozycja wezwania brzmiała: „Do dokumentów przekazanych, przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego został dołączony załącznik nr 5 do SIWZ, w którym wykazaliście Państwo wykonanie usługi o wartości 205.000,00 zł, ze wskazaniem Odbiorcy - Towarzystwo Koszalińskiej Kolei Wąskotorowej, (...) do oferty zostało dołączone Poświadczenie TKKW, że przedsiębiorstwo Wood-Pack (...) wykonało taką usługę.

Zamawiający wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających, że ta Usługa została wykonana należycie tj.:

1. Umowę zawartą przez Strony.
2. Protokołu zdawczo - odbiorczego podpisanego przez Strony;
3. Faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę naprawy;
4. Dokumentów potwierdzających zgodną z przepisami prawa eksploatację pojazdu;
5. Dokumentów potwierdzających, że usługa została wykonana pod Nadzorem Transportowego Dozoru Technicznego w uzgodnionej technologii.”

Wezwanie, mimo wskazania jako jego podstawy prawnej art. 26 ust. 4 Pzp oraz nazwania go wezwaniem do złożenia wyjaśnień nie zawierało żadnej informacji wskazującej jakie kwestie Odwołujący powinien wyjaśnić.

W odpowiedzi, 9 maja 2018 r. Odwołujący wskazał, że w świetle Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126, dalej Rozporządzenie w sprawie dokumentów) Zamawiający nie był uprawniony do żądania wskazanych w wezwaniu z 7 maja 2018 r. dokumentów. Odwołujący załączył do swojej odpowiedzi pismo TKKW potwierdzające należyłą realizację usługi naprawy wagonu oraz informujące, że „wszystkie Dokumentacje Systemu Utrzymania pojazdów kolejowych wydane przez Towarzystwo Koszalińskiej Kolei Wąskotorowej mają charakter dokumentów zastrzeżonych do wewnętrznego użytku przedsiębiorstwa”. Wobec powyższego Zamawiający 11 maja 2018 r. na podstawie § 2 ust. 6 Rozporządzenia w sprawie dokumentów zwrócił się do TKKW o przekazanie dokumentów wskazanych uprzednio w piśmie skierowanym 7 maja do Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, że podtrzymuje swoje żądanie zawarte w wezwaniu z 7 maja 2018 r. i oczekuje na przekazanie dokumentów zgodnie ze wskazanym terminem.

14 maja 2018 r. TKKW przekazało Zamawiającemu wszystkie żądane dokumenty za wyjątkiem „dokumentów potwierdzających, że usługa została wykonana pod nadzorem TDT w uzgodnionej technologii, gdyż pojazd nie posiada podzespołów objętych nadzorem TDT. Naprawy są przeprowadzane zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania, a podmiotem do technicznego odbioru pojazdu jest przewoźnik kolejowy. Towarzystwo posiada Świadectwo Bezpieczeństwa Przewoźnika Kolejowego 095/PK/16, wcześniej posiadało 077/PK/11 wydane przez Urząd Transportu Kolejowego, które jest potwierdzeniem posiadania kwalifikacji do min. prawidłowego nadzoru technicznego nad prowadzonymi przewozami kolejowymi w tym nad naprawami taboru.”

TKKW przedstawiło Zamawiającemu także:

1. uchwałę o udzieleniu zamówienia,
2. protokół z przeprowadzonych negocjacji,
3. zdjęcia potwierdzające prowadzenie naprawy przez Odwołującego,
4. pisma kierowane do Odwołującego o odroczenie płatności z tytułu wykonanej usługi.

Wszystkie dokumenty przekazane Zamawiającemu przez TKKW 14 maja 2018 r. zostały również przesłane przez Odwołującego, w dniu 15 maja 2018 r., po uzyskaniu zgody TKKW na ich ujawnienie.

W dniu 22 maja 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił czynność wykluczenia:

„1) Zgodnie z pkt. 5.3.3.1 SIWZ wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia tj. naprawie głównej P5 wąskotorowego pojazdu kolejowego będącego eksponatem muzealnym, o wartości brutto co najmniej 200 000,00 zł. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika, że z podmiotem, który wystawił mu referencje, zawarł 1 lutego 2015 roku Umowę, której przedmiotem była naprawa wagonu BTxhpi 4401-2, a Strony Umowy nie określiły bezpośrednio wynagrodzenia za wykonaną naprawę, zaś w § 3 ust. 1 ustaliły wartość tej Umowy do kwoty 205 000,00 zł brutto. W ust. 2 przywołanej Umowy postanowiono natomiast, że wynagrodzenie płatne będzie w transzach, począwszy od 2015 roku po 50 000,00 zł rocznie, za 2020 rok 65 000,00 zł natomiast w ust. 3, że faktury będą wystawiane do końca sierpnia każdego roku.

W związku z tym, że pojęcia wartości umowy i wynagrodzenia nie są tożsame (co nie oznacza, że nie mogą być wyrażone taką samą liczbą), określenie wartości usługi może nie

mieć związku z ceną lub wynagrodzeniem; potwierdzeniem wykonania usługi o takiej wartości jest wystawiona, przez Wykonawcę, faktura lub faktury na całą wartość, o której mowa w § 3 ust. 1 Umowy. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika, że wystawił on faktury na łączną kwotę 31 930,64 zł brutto (25 959,87 zł netto) i tylko na taką kwotę zostały potwierdzone referencje dotyczące wymagań SIWZ.

2) W punkcie 3 SIWZ Zamawiający określił Opis przedmiotu zamówienia, w szczególności w pkt. 3.1 postanowił, że „Przedmiotem zamówienia jest wykonanie naprawy głównej P5, z wymianą skrzyni ogniowej parowozu wąskotorowego Px48 nr ewidencyjny 3901 oraz naprawa tendra Pt6x48. Analizując przedłożoną umowę i inne dokumenty z postanowieniami SIWZ stwierdzić należy, że nie wynika z nich, że dotyczą naprawy głównej P5 z wymianą skrzyni ogniowej parowozu lub innego pojazdu kolejowego. Reasumując, uznać należy, że Wykonawca nie wykazał spełnienia wymagań technicznych i zawodowych tj. nie wykazał, że wykonał naprawę główną P5, o wartości co najmniej 200 000,00 zł, która obejmowałaby wymianę skrzyni ogniowej parowozu. Z umowy nie wynika również, że wyremontowany wagon jest obiektem muzealnym.”

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił dodatkowe uzasadnienie mające potwierdzać, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była prawidłowa. Wskazał między innymi, że referencje (poświadczenie) wystawione przez TKKW, potwierdzające prawidłową realizację usługi przedstawionej przez Odwołującego na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu budziły wątpliwości. Jednym z ich źródeł był fakt, że „korzystając z powszechnie dostępnych informacji (strona internetowa wood-pack.com) Zamawiający powziął informację, że Wood-Pack Spółka z o.o. w Poznaniu jest firmą, która specjalizuje się i oferuje wyłącznie drewniane palety i jest to de facto jej jedyny przedmiot działalności. Jej działalność nie ma nic wspólnego z naprawą pojazdów kolejowych. Firma Wood-Pack Sp. z o.o. w Poznaniu oferuje szeroką gamę palet drewnianych, zaś na startowej stronie internetowej informuje, że firma Wood-Pack została stworzona przez ludzi z wieloletnim doświadczeniem produkcyjnym w branży drzewnej z zamiarem organizowania zaopatrzenia firm w opakowania transportowe, głównie palety drewniane”. Dodatkowe wątpliwości Zamawiającego wzbudziły pochodzące z internetowych portali społecznościowych informacje wskazujące, że przynajmniej część naprawy wagonu, którą miał wykonać Odwołujący, w rzeczywistości została zrealizowana przy udziale pracy wolontariuszy.

Opierając się o informacje pochodzące ze strony internetowej TKKW Zamawiający uznał także za niewiarygodne twierdzenie Odwołującego, że będący przedmiotem remontu wagon kolei wąskotorowej jest eksponatem muzealnym. W ocenie Zamawiającego fakty, że:

1. na stronie internetowej TKKW nie ma żadnej wzmianki na temat wyremontowanego wagonu, w szczególności nie wykazano go w zestawieniu będących w dyspozycji TKKW pojazdów kolejowych,
2. odkupiony od PKP wagon przed poddaniem renowacji spędził kilkanaście lat na boczniczy kolejowej,

wskazywać mogły, że przedmiotowy wagon nie jest eksponatem muzealnym.

Żadna z okoliczności wskazanych w odpowiedzi na odwołanie nie została w toku postępowania o udzielenie zamówienia zweryfikowana przez Zamawiającego w sposób należyty. W szczególności Odwołujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich budzących wątpliwości okoliczności. Powyższe okoliczności nie zostały również wskazane w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Jedyną czynność zmierzająca do wyjaśnienia wątpliwości związanych z ofertą Odwołującego, jakiej dokonał Zamawiający to wezwanie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp z 7 maja 2018 r. Biorąc pod uwagę treść tego wezwania tj. żądanie dostarczenia określonych dokumentów – w ocenie Izby nie można uznać, że czynności Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia budzących wątpliwości okoliczności były wystarczające i pozwalały na prawidłowe ustalenie stanu faktycznego. Wezwanie z 7 maja 2018 r. nie zawiera żadnej informacji wskazującej jakie okoliczności wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i jakiego rodzaju wyjaśnień on oczekuje. W efekcie Odwołujący nie był świadomy jakie kwestie powinien wyjaśnić Zamawiającemu.

Biorąc pod uwagę wskazane w zawiadomieniu z 22 maja 2018 r. argumenty stanowiące podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba stwierdziła, że czynność ta była bezpodstawną. Zamawiający żądał, by w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy wykazali się wykonaniem naprawy głównej P5 wąskotorowego pojazdu kolejowego będącego eksponatem muzealnym, o wartości brutto co najmniej 200 000,00 zł. O ile usługa miała odpowiadać swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, to treść warunku udziału w postępowaniu w żaden sposób nie wskazywała na konieczność wykazania się przez wykonawców wykonaniem naprawy głównej P5, obejmującej wymianę skrzyni ogniowej parowozu. Zamawiający nie postawił takiego wymogu, zatem na etapie oceny ofert nie miał prawa żądać jego spełnienia od Odwołującego, nie miał również prawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania na tej podstawie. Zamawiający znacznie zaostrzył warunki udziału w postępowaniu na etapie po upływie terminu składania ofert, gdy wykonawcy (jedyne wykonawca biorący udział w postępowaniu) nie mają już możliwości dokonania stosownej korekty złożonych dokumentów.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby Zamawiający nie miał powodów do wykluczenia Odwołującego na podstawie wskazanych w treści zawiadomienia z 22 maja 2018 r. podstaw. Faktyczne zaostrenie wymogów w zakresie oczekiwanego doświadczenia wykonawcy na etapie oceny ofert było niedopuszczalne. Zamawiający nie miał również podstaw do negowania wartości usługi zrealizowanej przez Odwołującego na rzecz TKKW. Warunek udziału w postępowaniu odnosił się do wartości zrealizowanej usługi, nie do faktycznej kwoty zapłaconej wykonawcy przez podmiot na rzecz którego była świadczona usługa. W ocenie Izby wartość umowy na którą powołał się Odwołujący wynosiła 205 000 zł. Nie ma podstaw do jej kwestionowania na podstawie łącznej kwoty wystawionych faktur, w sytuacji, w której zgodnie z § 5 tej umowy całkowita zapłata za zrealizowaną usługę nastąpić ma w 2021 roku.

Wszelkie dodatkowe okoliczności budzące wątpliwości Zamawiającego, wskazane w odpowiedzi na odwołanie nie mogły być podstawą wykluczenia Odwołującego do czasu ich należytego wyjaśnienia. Niedopuszczalne jest na etapie postępowania odwoławczego powoływanie się na dodatkowe okoliczności, mające w ocenie Zamawiającego potwierdzać prawidłowość dokonanej czynności. To wykonawca ma zostać poinformowany w chwili jego wykluczenia z postępowania o wszystkich podstawach faktycznych i prawnych, które doprowadziły do zastosowania wobec niego sankcji określonej w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Nie mogą być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania okoliczności, które nie zostały wskazane w zawiadomieniu o wykluczeniu. W takiej sytuacji wykonawca zostaje pozbawiony możliwości obrony swojego dalszego udziału w postępowaniu – nie będąc świadomym wszystkich podstaw wykluczenia nie może w pełni skorzystać ze środków odwoławczych przewidzianych w Pzp. Z tego względu Izba nie wzięła pod uwagę żadnej z wskazanych przez Zamawiającego okoliczności faktycznych mających potwierdzać słuszność wykluczenia Odwołującego z postępowania poza tymi, wskazanymi w piśmie z 22 maja 2018 r. W tym z kolei zakresie, w ocenie Izby, Odwołujący należycie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu – usługa, którą wskazał na potwierdzenie swoich zdolności technicznych do realizacji przedmiotu zamówienia odpowiadała zakresem literalnemu brzmieniu warunku udziału w postępowaniu, wartość usługi przekraczała 200 000 zł, a treść referencji wystawionych przez TKKW potwierdzała, że wyremontowany wagon jest wpisany do inwentarza muzealnego. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do wiarygodności dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, to jego obowiązkiem było należyte jej zweryfikowanie m. in. przez odpowiednie co do treści wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a w dalszej

kolejności albo uznanie, że spełnił on warunki udziału w postępowaniu, albo wykluczenie z postępowania – nie na podstawie podejrzeń czy wątpliwości, a ustalonego stanu faktycznego.

W tej sytuacji Izba uznała, że podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji gdy nie zachodziły przesłanki do wykluczenia go z udziału w postępowaniu potwierdził się.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Biorąc pod uwagę, że potwierdził się zarzut bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, to w konsekwencji Izba uznała, że zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty jest słuszny. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jest konsekwencją wykluczenia wykonawcy. W przypadku stwierdzenia, że wykluczenie nastąpiło z naruszeniem przepisów Pzp, odrzucenie oferty musi zostać uznane za nieprawidłowe, dokonane z naruszeniem wskazanego przepisu.

Izba oceniając wszystkie zaskarżone czynności Zamawiającego, uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z 22 ust. 1a Pzp. Wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty zostało dokonane z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie dopełnił wynikającego z ustawy obowiązku prowadzenia postępowania z zachowaniem należytej staranności, co doprowadziło do niedostatecznego wyjaśnienia wątpliwości związanych z dokumentami przedłożonymi przez Odwołującego na potrzebę wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz żądanie wykazania spełniania tego warunku w sposób bardziej rygorystyczny niż określony w SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w punkcie 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem

przepisów 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. 2018 poz. 972).

**Przewodniczący:**.....