

Sygn. akt KIO/UZP 972/09

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o. o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław** protestu z dnia 18 czerwca 2009 r.

przy udziale **Remonty i Modernizacja Tramwajów Potram – Wrocław Sp. z o. o., ul. Legnicka 65, 54-206 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o. o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50- 316 Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o. o we Wrocławiu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223, poz.1655 ze zm. - dalej: Pzp) w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest dostawa 8 tramwajów wielocłonowych fabrycznie nowych z silnikami asynchronicznymi i z co najmniej jednym członem niskopodłogowym oraz 4 składów tramwajowych dwuwagonowych fabrycznie nowych z silnikami asynchronicznymi.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części: A i B bez możliwości składania ofert częściowych.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 7 kwietnia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnoty Europejskiej pod numerem: S S67, 97022-2009-PL.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Remonty i Modernizacja Tramwajów "PROTRAM WROCŁAW" Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Protram) oraz H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu.

W dniu 9 czerwca 2009 r., zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Protram jako najkorzystniejszej, co stało się przedmiotem protestu wniesionego przez H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. w dniu 19 czerwca 2009 r. (pismo z dnia 18 czerwca 2009 r.).

Protestujący zarzucił, iż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Protram pomimo, iż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) w zakresie:

1. pkt a) i b) protestu: rysunek Nr 2 oraz rysunek Nr 7 (strony 27, 28, 44, 100 i 115 oferty Protram) oraz rysunek Nr 7 (strona 44 oferty Protram) w Części A i B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego, nie odpowiada wymaganiu zawartemu w pkt III ppkt 1.4 Części A i B - "Opis przedmiotu zamówienia" (strona 1 i 15 siwz). Przewiduje on, iż „Tramwaj musi odpowiadać warunkom technicznym określonym w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U Nr 230, poz. 2301 – dalej również: rozporządzenie Ministra Infrastruktury);

§ 3 ust 4 powołanego rozporządzenia stanowi, że pozostałe (tzn. inne niż długość, szerokość i wysokość) wymiary tramwaju określa skrajnia kinematyczna zawarta w normie wymienionej w pkt 1 załącznika nr 1 do rozporządzenia - normie „PN-K-92008:1998 Komunikacja miejska. Skrajnia kinematyczna wagonów tramwajowych. Poprawki PN-K-92008:1998/Apl:1999” (dalej: norma). Jednym z wymagań normy jest, aby tramwaj posiadał dolne skosy pudła tzn. aby pionowe ściany tramwaju w jego dolnej części nie były zupełnie proste, lecz zawężały się do środka. Natomiast z załączonych do oferty Protram rysunków wynika, że pionowe ściany obu typów tramwajów w dolnej części są zupełnie proste;

2. pkt c) protestu: pkt 2.2. Tabeli Nr 1 w Części A i B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strony 20 i 94 oferty Protram) nie odpowiada treści pkt III ppkt 1.10 Części A i B - "Opis przedmiotu zamówienia" SIWZ (strona 2 i 16 Specyfikacji), który nakazuje, aby zestawy kołowe, przekładnie i hamulce były identyczne w obydwu typach tramwajów (opisanych w części A i B). Protram w pierwszym typie tramwaju zaoferował zastosowanie

przekładni napędowej producenta „Bumar – Łabędy” Sp. z o. o., w drugim zaś typie przekładni wyprodukowanej przez siebie, zatem przekładnie w obu typach tramwajów nie są identyczne. Alternatywnie protestujący zarzucił, że w treści oferty Protram nie wykazał w sposób wystarczający, iż przekładnie obu firm są identyczne;

3. pkt d) i e) protestu: opis Nr 9 Części A i B Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strona 47 i 118. oferty Protram) nie odpowiada wymaganiu zawartemu w pkt III ppkt 3.5.2 Części A i B - "Opis przedmiotu zamówienia" (strona 10 i 24. Specyfikacji). Zamawiający ustalił, że „Poręcze i uchwyty (...). Powinny być pokryte materiałem o właściwościach termoizolacyjnych oraz odpornym na zarysowania”. Opis zawarty w ofercie Protram stanowi, że poręcze wagonowe są wykonane z rury stalowej i pokryte lakierem proszkowym, nie spełniają więc ustalonych wymagań;

4. pkt f) i g) protestu: rysunek Nr 10 „Zwymiarowany widok zewnętrzny tramwaju z uwzględnieniem odległości dolnej i górnej krawędzi zderzaków od pgs dla wagonu nie obciążonego z nowymi kołami, oraz dla wagonu maksymalnie obciążonego z kołami zużytymi”, w Części A i B Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strony 49. i 50. 120 i 121 oferty Protram) nie odpowiada wymaganiom siwz. Siwz na str. 48 przewidywała iż: "Zadaniem zestawienia jest zaprezentowanie tramwaju w sposób dający możliwość oceny spełnienia stawianych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia tj. oferowanych rozwiązań technicznych, technologicznych i estetyki. Istotne dla oceny informacje o deklarowanym tramwaju Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wypełniając tabelę nr 1 oraz dołączając wymienione pod nią opisy i rysunki (od Nr 2 do Nr 35)". Protestujący wywiódł z powyższego, iż celem nałożenia na wykonawców obowiązku załączenia do oferty rysunku Nr 10 było dokonanie przez zamawiającego oceny posiadania przez oba oferowane tramwaje wszystkich wymaganych w siwz wymiarów. Tymczasem stanowiące treść oferty Protram rysunki Nr 10, zarówno w Części A, jak i w Części B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego zawierają jedynie zwymiarowany rzut boczny obu typów tramwajów, nie określając między innymi ich wysokości. Nie uwzględniają również widoku od czoła tramwaju określającego szerokości tramwajów i kształt ich pudła. Dodatkowo podkreślił, iż niezgodność treści oferty Protram z treścią siwz w Części B polega również na przedstawieniu jedynie pojedynczego wagonu, a nie widoku zewnętrznego tramwaju (składającego się z dwóch wagonów). Nie pozwala to w pełni ocenić zgodności innych merytorycznych aspektów zaoferowanego świadczenia z siwz przede wszystkim zaś w zakresie dotyczącym warunków technicznych tramwaju określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury;

5. pkt h) i j) protestu: rysunek Nr 25. w Części A i B Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strony od 75 do 77 oraz od 144 do 146 oferty Protram) nie odpowiada wymaganiom siwz w zakresie obowiązku załączeniu do oferty rysunku Nr 25 "Widok zagospodarowania kabiny motorniczego z widokiem pulpitu (pulpitów) pokazującym rozmieszczenie na nim urządzeń sterowania i sygnalizacji", wskazanego w Części A i B Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego SIWZ (strony 48. i 53 59. Specyfikacji) oraz pkt III ppkt 3.6 Części A i B - "Opis przedmiotu zamówienia" SIWZ (strony 11-12, 25–26 Specyfikacji). Załączone przez Protram rysunki Nr 25 ilustrują wyłącznie widok pulpitu sterowniczego oraz nastawnika jazdy, nie zaś cały widok zagospodarowania kabiny motorniczego i uniemożliwiają ocenę, czy kabiny motorniczego w obu oferowanych tramwajach spełniają wymogi, co do: okienka (podpunkt 3.6.2.), przeszklenia kabiny (podpunkt 3.6.3.), wycieraczki szyby czołowej wraz ze spryskiwaczem (podpunkt 3.6.4.), fotelu motorniczego (podpunkt 3.6.6.) oraz szczegółowego wyposażenia kabiny (podpunkt 3.6.7.);

6. pkt j) i k) protestu: rysunek nr 19 w Części A i B Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strona 66 i 137 oferty Protram) nie odpowiada pkt III ppkt 3.4.2. Części A i B - "Opis przedmiotu zamówienia" SIWZ (strona 9 i 23 Specyfikacji); stanowiącym, że "Wymagane jest zabezpieczenie układu przed wyładowaniami atmosferycznymi". Z rysunków nie wynika, aby Protram, jak nakazuje siwz, zabezpieczył układy elektryczne obu oferowanych tramwajów przed wyładowaniami atmosferycznymi przez umieszczenia na dachu pojazdów tzw. odgromników;

7. pkt l) i m) protestu: opis Nr 15. oraz rysunek Nr 17. w Części A i B Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strony 56. i 62 oraz 127 i 133 oferty Protram) nie odpowiadają: wymaganiom Specyfikacji w zakresie obowiązku załączeniu do oferty opisu charakteryzującego rozwiązanie ogrzewania i przewietrzania wagonu z podaniem mocy urządzeń, wskazanego w Części A i B Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strony 48, 53 oraz 59 Specyfikacji) oraz wymaganiom Specyfikacji w zakresie obowiązku załączeniu do oferty rysunku Nr 17, pkt 3. "Schematy blokowe (...) 3) obwodów pomocniczych", wskazanego w Części A i B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego SIWZ (strony 48. i 53 oraz 59 Specyfikacji). Oba załączone do oferty Protram opisy Nr 15., podają, iż klimatyzator w obu typach tramwajów zasilany jest z osobnej przetwornicy statycznej umocowanej na dachu, podczas, gdy z rysunków Nr 17 wynika, iż w tramwajach obu typów dwa klimatyzatory podłączone są do pokładowego przekształtnika energii 40V/24V. Protestujący zarzucił, że Protram opisując i ilustrując rozwiązanie ogrzewania w obu typach tramwajów dokonał tego w sposób niespójny, a także w istnym zakresie ze sobą sprzeczny,

a zatem wbrew wymaganiom siwz nie zaprezentował tramwaju w sposób dający możliwość oceny oferowanych rozwiązań technicznych;

8. pkt n) protestu: Część B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego nie odpowiada wymaganiom Specyfikacji w zakresie obowiązku załączeniu do oferty rysunku Nr 21 "Bilans mocy dla pokładowego źródła napięcia, uwzględniając wszystkie odbiorniki, które mogą być załączone. Bilans należy podać dla następujących faz: rozruchu, hamowania, jazdy z rozpędu i postoju", wskazanego w Części B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego SIWZ (strony 48. i 59. Specyfikacji). Protram rysunku tego do Oferty nie załączył, nie dając tym samym zamawiającemu możliwości pełnej oceny oferowanych rozwiązań technicznych;

9. pkt o) protestu: pkt 2.8. w Części A. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strona 22. oferty Protram) nie odpowiada wymaganiu zawartemu w pkt III ppkt 1.4 Części A - "Opis przedmiotu zamówienia" SIWZ (strona 1 Specyfikacji), zgodnie z którymi tramwaj musi odpowiadać warunkom technicznym określonym w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury. Wg wymagania § 10 ust 1.pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury oferowany przez Protram tramwaj trzyczłonowy winien posiadać co najmniej 6 wyjść awaryjnych (2 wyjścia po każdej stronie członu). Tymczasem liczba wyjść awaryjnych w oferowanym tramwaju trzyczłonowym wynosi 5;

10. pkt p) protestu: pkt 1.1. Tabeli Nr 1 w Części B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strona 92. oferty Protram) nie odpowiada punktowi 1.1. Tabeli Nr 1 w Części B. Załącznika Nr 3 do Formularza Ofertowego SIWZ (strona 54. Specyfikacji), a także wymaganiom Specyfikacji w zakresie obowiązku załączeniu do oferty rysunku Nr 10 „Zwymiarowany widok zewnętrzny tramwaju z uwzględnieniem odległości dolnej i górnej krawędzi zderzaków od pgs dla wagonu nie obciążonego z nowymi kołami, oraz dla wagonu maksymalnie obciążonego z kołami zużyтыми", wskazanego w Części B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego SIWZ (strony 48. i 59. Specyfikacji). Protestujący podniósł, że obowiązkiem wykonawcy było podanie wysokości wagonu ze złożonym odbierakiem prądu oraz załączenie do oferty rysunku Nr 10 punkcie 1.1. Tabeli Nr 1 w Części B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strona 92. oferty Protram), która jako wysokość wagonu ze złożonym odbierakiem prądu podawała 3350 mm. Wysokość tramwaju oferowanego przez Protram typu ze złożonym odbierakiem prądu wynosi 3515 mm. wykonawca nie podał zatem właściwych danych. A skoro wbrew wymaganiom siwz Protram nie załączył do Oferty rysunku Nr 10, to jego oferta jest nie tylko niezgodna z siwz ale też nie jest możliwa weryfikacja, czy podana przez niego wartość 3350 mm jest wartością rzeczywistą.

W konkluzji protestujący wywiódł, że Protram zaoferował świadczenie niezgodne z wymaganiami zamawiającego, a poprawienie niezgodności oferty z siwz nie mogło być

dokonane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Szczególnie podkreślił, iż brak spełnienia przez Protram szeregu wymagań zamawiającego sprawił, iż oferta Protram zawierała niższą cenę a przygotowanie przez protestującego oferty zgodnie z treścią siwz, w sposób zapewniający spełnienie wszystkich wymagań co do obowiązku zastosowania określonych technologii, przede wszystkim skrajni kinematycznej, zdecydował o tym, iż oferta protestującego posiadała wyższą cenę.

Zamawiający w dniu 26 czerwca 2009 r. poinformował o oddaleniu protestu (pismo z dnia 25 czerwca 2009 r.). Odnosząc się szczegółowo do zarzutów protestu oświadczył, że:

Ad 1. powoływana norma nie określa kształtu tramwaju, skosu jego ścian, ani innych szczegółów konstrukcji, a jedynie wymiary skrajni kinetycznej, w których tramwaj ma się mieścić. Norma pośrednio określa jedynie wymiary zewnętrzne tramwaju. Oferowany tramwaj zostanie dopiero wyprodukowany, a oferta zawiera jedynie podstawowe założenia konstrukcyjne i technologiczne. Zamawiający na podstawie wymagań siwz nie może oceniać kształtu ścian, a oferowane przez Protram tramwaje spełniają wszystkie wymagania łącznie z wynikającymi z normy. Zamawiający wywiódł, że skoro tramwaj będzie poddany procedurze uzyskania homologacji, to musi spełniać wszelkie polskie normy i wymagania polskich przepisów. Oceniał również, że oferowane przez Protram tramwaje spełniają warunki uzyskania homologacji. Zamawiający stwierdził nadto, że kwestionowane rysunki Nr 2 i 7 mają charakter poglądowy, tramwaj dokładnie odpowiadający zamawiającemu zostanie dopiero wyprodukowany a oferta Protram odpowiada wymaganiom rozporządzenia Ministra Infrastruktury;

Ad 2. w siwz nie wymagał, aby obie przekładnie były wyprodukowane przez tego samego producenta. Wskazał, że na załączonych w ofercie Protrans rysunkach nr 11, 13 i 14 w częściach A i B widoczna jest identyczność obu zastosowanych przekładni, wynikająca m. in. z wykorzystania identycznego wózka napędowego typu 2 NPW. Zamawiający stwierdził również, że wyraźnie oddzielił wymagania dotyczące tożsamości producenta podzespołów w pkt 1.9 siwz od wymagań dotyczących identyczności podzespołów w pkt 1.10 siwz;

Ad 3. pokrycie poręczy warstwą lakieru proszkowego spełnia postawione wymagania - zapewnia wymaganą termoizolację i odporność na zarysowania. Potwierdza to również opinia Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa - złożona przez uczestnika postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu;

ad 4. w załączniku 3, pkt 10 wskazał obligatoryjne wymiary podawane na rysunkach tj. „odległości od dolnej i górnej krawędzi zderzaków do pgs dla wagonu nie obciążonego z nowymi kołami oraz dla wagonu maksymalnie obciążanym z kołami zużytymi”. Wymiary te

zostały przez Protram podane. Pozostałe wymiary, takie jak wysokość i szerokość, zostały zamieszczone w odpowiednich miejscach w ofercie i nie ma uzasadnionej potrzeby, aby wymiary te były w każdym możliwym miejscu powtarzane. Zamawiający stwierdził, że podane informacje są wystarczające, zgodne z jego oczekiwaniami zawartymi w siwz. Wymaganie podania wymiarów tramwaju na rysunkach nie ma oparcia w postanowieniach siwz. Zamawiający zażądał rysunku tramwaju, a nie zespołu tramwajowego i taki rysunek otrzymał;

Ad 5. w ofercie Protram zostały przedstawione widoki kabiny z uwzględnieniem pulpitu pokazujące rozmieszczenie na nim urządzeń sterowania i sygnalizacji -zgodnie z wymaganiami zamawiającego co do rysunku Nr 25. Zamawiający nie wymagał na w/w rysunkach pełnego zobrazowania wszystkich elementów wyposażenia kabiny wskazanych w pkt. 3.6. Również protestujący nie uwzględnił w/w elementów w swojej ofercie i nie stanowiło to podstawy do stwierdzenia, że oferta jest niezgodna z treścią siwz;

ad.6. zamawiający nie wymagał, aby na załączonych rysunkach Nr 19 „Widok dachu z pokazaniem rozmieszczenia urządzeń i tras okablowania” były przedstawione wszystkie elementy umieszczone na dachu tj. odgromniki, izolatory pantografu, wywietrzniki dachowe. Umieszczenie elementów takich, jak odgromniki, czy izolatory wynika z obowiązujących przepisów dla pojazdów szynowych, Spełnienie wymogu ppkt. 3.4.2. w części A i B zostało przez Protram przedstawione na schematach obwodu głównego str. 60 część A oraz str. 141 część B i spełnia wymagania siwz. Również protestujący nie uwzględnił w swojej ofercie izolatorów pantografu i wywietrzników dachowych, co nie stanowiło podstawy do stwierdzenia, że oferta jest niezgodna z siwz;

ad.7. klimatyzacja w przedmiotowym wagonie składa się z dwóch bloków, jednego grzewczo-wentylacyjnego i jednego chłodzącego. Głównym zasilaniem klimatyzatora chłodzącego jest odrębna przetwornica - co opisują załączniki nr 15 w części A i B załącznika nr 3 do oferty, natomiast dodatkowo klimatyzatory są podłączone do obwodu 40/24V dla celów sterowania, diagnostyki i sygnalizacji. Nie rodzi to sprzeczności ani niezgodności z siwz, wręcz przeciwnie zgodnie z postanowieniami 3.4.9,10 siwz zarówno w części A jak i B - tramwaje powinny być wyposażone w system diagnostyczny, a ten może być skutecznie zasilany jedynie za pośrednictwem niezależnego źródła napięcia, jakim jest sieć niskiego napięcia. Schematy blokowe wskazane w załącznikach nr 17 nie zawierają wszystkich szczegółowych połączeń, zgodnie z nazwą, przedstawiają całe bloki urządzeń. Blok klimatyzacji zawiera w sobie zasilanie główne opisane w punkcie nr 15 części A i B załącznika nr 3 do oferty, natomiast schemat blokowy dodatkowo pokazuje połączenie do obwodów 40/24V. Zamawiający nie sprecyzował wymagań, co do sposobu zasilania

klimatyzatorów, lecz ze względu na inne wymienione wyżej wymagania oraz warunki. bezpieczeństwa sterowanie klimatyzatorem odbywa się przy pomocy niskiego napięcia;

ad.8. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, pismem NZ/I/64/2009 z dnia 2 czerwca 2009 r., wezwał do złożenia wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego - rysunku Nr 21 Pismem RMT/921/2009 z dnia 4 czerwca 2009 r. Protram uzupełnił brakujący dokument;

ad.9. Załącznik Nr 3, część A, Nr 1-Tabela w pkt. 2.8.podaje liczbę 5 okien wykorzystanych jako wyjścia awaryjne. Zgodnie z § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury jako wyjścia awaryjne mogą być urządzone: drzwi przedziału pasażerskiego, okna, klapy w dachu. Zamawiający uznał, że Protram spełnił wymagania dotyczące ilości wyjść awaryjnych przyjmując 5 okien oraz 5 drzwi w wagonie;

ad 10. powołując się na wyjaśnienia udzielone przez protestującego zamawiający stwierdził, iż nie określał w siwz szczególnego wymagania co wysokości tramwaju ze złożonym odbierakiem prądu, w związku z tym obowiązuje rozporządzenie Ministra Infrastruktury, które określa w § 3 ust. 3 , że "wysokość tramwaju ze złożonym odbierakiem prądu nie może przekraczać 4,00 m". Skoro obie wysokości odpowiadają tym wymaganiom, to brak jest podstaw do odrzucenia oferty.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. w dniu 6 lipca 2009 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień, w tej dacie przekazując kopię jego treści zamawiającemu (via fax). Odwołujący się podtrzymał zarzuty odwołania, a odnosząc się do argumentacji zawartej w rozstrzygnięciu protestu podniósł, że:

ad.1. norma, o której mowa w §3. ust. 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury narzuca określony kształt ścian tramwaju. Norma wymaga bowiem, aby dolny kształt tramwaju był zgodny z wynikami analizy skrajni kinematycznej. Tramwaj musi zatem posiadać dolne skosy pudła - tzn. pionowe ściany tramwaju w ich dolnej części nie mogą być zupełnie proste, lecz powinny zawężać się do środka. Powyższe dodatkowo potwierdza ekspertyza Instytutu Pojazdów Szynowych "Tabor" w Poznaniu, załączona przez odwołującego się do odwołania z wnioskiem o zaliczenie w poczet materiału dowodowego;

ad.2. Bumar Łabędy" Sp. z o. o. posiada wyłączne prawa do produkowanych przez siebie przekładni napędowych, w tym przekładni 20PMd (której wykorzystanie Protram zaoferował w pierwszym typie tramwaju) i nie upoważnił Protram do produkcji przekładni lub jej części, bądź do montażu tej przekładni, co potwierdza pismo Zakładu Przekładni i Hydrauliki .Bumar Łabędy" Sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2009 r. załączone do odwołania z wnioskiem o zaliczenie w

poczet materiału dowodowego. Skoro w drugim typie tramwaju zaproponowano zastosowanie przekładni własnej produkcji, przekładnia ta musiała różnić się od przekładni objętej wyłącznością Zakładu Przekładni i Hydrauliki „Bumar Łabędy” Sp. z .o. o. Oferta Protram nie określała typu wózka napędowego. Typ wózka 2NPW wskazany został dopiero w piśmie z dnia 23 czerwca 2009 r. - zgłoszeniu przystąpienia, po dokonaniu oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej a ponadto wykorzystanie wózków napędowych 2NPW w obu typach oferowanych tramwajów nie może prowadzić do wniosku, iż w tramwajach zostanie zamontowana identyczna przekładnia.

ad.3. malowanie farbami proszkowymi nie zapewnia termoizolacyjności, lecz jedynie funkcje ochronne oraz zdobnicze. Przyjęcie, iż pokrycie lakierem proszkowym zapewnia termoizolacyjność (niezależnie od grubości powłoki pokrywającej poręcz) stanowi nieuprawnione odstępstwo zamawiającego od wyraźnego wymogu siwz;

ad.4. obowiązkiem wykonawców było, poza wskazaniem odległości od dolnej i górnej krawędzi zderzaka od pgs dla wagonu nie obciążonego z nowymi kołami oraz dla wagonu maksymalnie obciążonego z kołami zużytymi, pokazanie, że tramwaj posiada wszystkie wymiary wymagane przez przepisy rozporządzenia (spełnienie warunków technicznych określonych w rozporządzeniu stanowi wymóg siwz). Oferta Protram nie pokazała ani nie zwymiarowała widoku, bądź przekroju poprzecznego tramwaju, co pozwoliłoby ocenić spełnienie wymogów dotyczących skrajni, wynikających z normy. Skutkuje to niejednoznacznością i niezgodnością z SIWZ oferty. W konsekwencji Protram dostarczyć może tramwaj o dowolnym kształcie przekroju poprzecznego mieszczącym się w gabarycie podanym w ofercie;

ad.7. Schemat blokowy obwodów pomocniczych pokazuje całościowo, przekrojowo, wzajemne relacje pomiędzy poszczególnymi systemami elektrycznymi urządzeń pomocniczych. Umieszczenie przetwornicy dodatkowej 600V/24V DC zasilania klimatyzatora w opisie Nr 15., a nie umieszczenie tej przetwornicy na schemacie blokowym obwodów pomocniczych w na rysunku Nr 17 nie daje pewności oceniającemu ofertę jak ten obwód jest zbudowany. Niejasność i niespójność opisu powoduje niezgodność oferty Protram z siwz;

ad.8. usunięcie tej niezgodności oferty z siwz wymagało dostania rysunku Nr 21 przez Protram, a zatem zamawiający nie mógł poprawić oferty samodzielnie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

ad.9. zawarte w rozstrzygnięciu protestu wyjaśnienia są nieprecyzyjne, gdyż Protram jako wyjścia awaryjne opisał jedynie okna, a nie drzwi (które zamawiający traktuje jako wyjścia awaryjne);

ad.10. dane dotyczące wysokości tramwaju zawarte w punkcie 1.1. Tabeli Nr 1. w Części B. Załącznika nr 3 do Formularza Ofertowego (strona 92. oferty Protram) są błędne, gdyż typ tramwaj 204 WrAs oferowany przez Protram ma inną wysokość, niż podana w tabeli. Skoro w żadnym innym miejscu oferta Protram nie podaje prawidłowej wysokości tramwaju, to tramwaj powinien być wykonany zgodnie z podaną wysokością. Wykonanie tramwaju o tej wysokości spowoduje natomiast, że wysokość sufitu w przestrzeni pasażerskiej będzie na zbyt niskim poziomie.

Wskazując na bezwzględny charakter art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz na brak możliwości uchylecia się zamawiającego od wymagań wskazanych w siwz, odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Protram, odrzucenia oferty Protram oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protram przystąpił do postępowania odwoławczego biorąc uprzednio udział w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wniósł o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz przystępujący (Protram) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Na podstawie siwz, ofert odwołującego się oraz przystępującego (Protram) oraz pism powoływanych przez strony i uczestnika wskazanych w treści niniejszego uzasadnienia (pismom pominiętym w uzasadnieniu Izba odmówiła mocy dowodowej uznając je za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu) oraz po rozważeniu stanowisk pełnomocników stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie podnoszonych zarzutów przyniosłoby skutek w postaci odrzucenia oferty Protram i odwołujący się, jako jedyny uczestnik postępowania, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Postanowienia siwz oraz elementy oferty Protram, na które powołuje się odwołujący się nie są sporne między stronami. Okoliczności sporne to interpretacja siwz (treści wymagań zamawiającego) oraz spełnienie wymagań zawartych w siwz przez świadczenie zaoferowane przez Protram.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie:

ad.1. W pierwszym rzędzie wskazać należy, że zamawiający w siwz nie wskazał wprost swoich oczekiwań, co do kształtu tramwaju. Siwz zawiera jedynie ogólne odesłanie do przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U Nr 230, poz. 2301), które podaje maksymalne dopuszczalne parametry wysokości, szerokości i długości tramwaju a w zakresie pozostałych wymiarów odsyła do normy wskazanej w pkt 1 załącznika nr 1 „PN-K-92008:1998 Komunikacja miejska. Skrajnia kinematyczna wagonów tramwajowych. Poprawki PN-K-92008:1998/Apl:1999”.

Ustalić zatem należy, w pierwszym rzędzie, czy z powoływanej normy wynika obowiązek posiadania przez tramwaj skosów w dolnej części pudła.

W ocenie Izby z treści powołanej normy, w tym ze wskazanego przez odwołującego się rysunku na stronie 12, nie wynika, aby wymaganiom normy odpowiadały wyłącznie tramwaje, których ściany boczne w dolnej części zawężają się do środka. Podobnie nie wynika z niej w sposób nie budzący wątpliwości, aby z samego faktu posiadania przez tramwaj ścian bocznych prostych na całej długości, wynikało nie spełnienie wymagań wynikających z normy. Innych dowodów na wskazaną okoliczność odwołujący się nie przedstawił.

Zamawiający i Protram twierdzeniu zaprzeczyli, aby wymogom skrajni odpowiadały jedynie wagony ze skosami w dolnej części pudła. Protram złożył na rozprawie świadectwa homologacji dla oferowanych w postępowaniu tramwajów typu 204 i 205 Wr-As (posiadających ściany boczne proste na całej długości) odpowiednio z dnia 7 marca 2005 roku oraz 22 grudnia 2006 roku, z których treści nie wynikają jakiegokolwiek odstępstwa od normy. Zamawiający złożył pismo z dnia 14 lipca 2009 roku Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa potwierdzające wprost, że tramwaje o wskazanych typach pozytywnie przeszły badania skrajni kinematycznej. Wskazane pisma oraz złożona przez Protram opinia Politechniki Wrocławskiej nie mogą wprawdzie stanowić dowodu *explicite* na zgodność oferty Protram z wymaganiami wynikającymi z normy (gdyż, o czym niżej, nie odnoszą się do wagonów, które zostały zaoferowane w niniejszym postępowaniu), jednak, w ocenie Izby, uprawdopodobniają, że możliwe jest zadośćuczynienie wymaganiom normy przez wagony, których pudła są proste również w dolnej części. Skoro warunkiem niezbędnym do uzyskania homologacji jest spełnianie wymogów wynikających z normy, a tramwaje typu 220 i 2005 Wr-As świadectwo homologacji uzyskały bez odstępstw, to brak

jest podstaw do przyjęcia, że z samego faktu posiadania przez wagon pudła prostego w dolnej części, wynika brak zgodności z normą, a w konsekwencji z treścią siwz.

Wskazana przez odwołującego się opinia Instytutu Pojazdów Szynowych TABOR w Poznaniu nie może być uznana jako dowód na brak zgodności oferty Protram z wymaganiami siwz. Stoją temu na przeszkodzie omówione dowody złożone przez zamawiającego i przystępujący Protram. Największą moc dowodową Izba przyznaje oświadczeniu Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa – podmiotu wykonującego badania umożliwiające uzyskanie homologacji.

Dla uwzględnienia opinii Instytutu Pojazdów Szynowych TABOR niezbędne byłoby ponadto ustalenie w sposób nie budzący wątpliwości, że odnosi się ona do typu tramwajów oferowanych przez Protram w postępowaniu, ich aktualnego poziomu konstrukcyjnego i technologicznego. Okoliczność ta stanowi jednak kwestię sporną.

Izba stwierdza, że istotnie jak wskazał na rozprawie odwołujący się z oznaczeń użytych na stronach oferty Protram w częściach A i B wynika, że dotyczą one wagonów typu 204 i 205 Wr-As. Jednak przyznać należy rację zamawiającemu i przystępującemu, że na potrzeby postępowania należy wprowadzić zmiany w wagonach. Wskazuje na to przewidzenie przez zamawiającego późniejszego uzyskania homologacji i zastrzeżenie współpracy w procedurze spełniania wymagań wynikających ze skrajni (Część B, pkt 8.4 „Odbiory techniczne”). Przyznał to również sam odwołujący się wskazując, że zgodnie z wymaganiami siwz należy wprowadzić zmiany w obrębie kabiny pasażerskiej. Powyższe oraz zaoferowanie w części B zamówienia wysokości tramwaju innej, niż standardowa potwierdza zgodne twierdzenia zamawiającego oraz Protram o zaoferowaniu wagonów przygotowanych na potrzeby postępowania (których podstawę konstrukcyjną stanowią wagony typu 204 i 205 Wr-As).

Wskazać też należy, że ze złożone przez odwołującego się wydruki ze stron internetowych, z których wynika, że tramwaje typu 205 Wr-As (odnoszą się do innego stanu faktycznego, ponadto mogą mieć walor wyłącznie oświadczenia strony), nie potwierdzają podnoszonego zarzut. Z ich treści wynika natomiast, że sprawne poruszanie się tramwaju na łukach wynika z warunków na poszczególnych torowiskach.

Reasumując, zarzut zaniechania odrzucenia oferty Protram na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu braku spełniania wymagań wynikających ze skrajni kinematycznej nie znalazł potwierdzenia wobec treści siwz i braku udowodnienia go przez odwołującego się;

Ad 2. wbrew twierdzeniom odwołującego się z samej okoliczności, że przekładnie produkowane są przez różne podmioty nie należy automatycznie wywodzić braku spełniania wymagań siwz w zakresie pkt. 1.10. Gdyby zamawiający miał na myśli przekładnie tego

samego producenta, wówczas wymaganiu swemu dałby wyraz w siwz, w sposób analogiczny, jak uczynił to w pkt 1.9. Skoro zamawiający warunku takiego nie sformułował, to przyjąć należy, że po pojęciem „przekładnie identyczne” kryją się w istocie przekładnie o takich samych parametrach. W braku wskazania kryteriów identyczności przez zamawiającego, decyzja w tym zakresie pozostawiona została uznaniu wykonawców. Przyjęcie tezy odwołującego się sprowadzałoby się w istocie do uznania, że pod postanowieniem pkt 1.10 kryje się wymaganie, zaoferowania przekładni o identycznych wszystkich parametrach oraz pochodzących od jednego producenta. Taka interpretacja nie znajduje odzwierciedlenia w literalnej treści siwz. Odnosząc to ustalenie do wyników z postępowania dowodowego Izba wskazuje, że odwołujący się nie wywiódł i nie udowodnił, że Protram nie jest w stanie wyprodukować przekładni o parametrach posiadanych przez przekładnie, których producentem jest Zakład przekładni i Hydrauliki „Bumar - Łabędy” Sp. z o. o., w szczególności ze względu na posiadany przez Protram potencjał.

Izba nie uznała za dowód potwierdzający podnoszony zarzut pisma „Bumar - Łabędy” Sp. z o. o. z 1 lipca 2009 roku, gdyż oparty jest on na przyjętej przez odwołującego się interpretacji postanowienia pkt 1.10.siwz, której Izba nie podziela.

Pisma tego Izba nie uznała również za dowód na objęcie ochroną patentową oferowanych przekładni. W braku innych dowodów oraz na gruncie postanowień siwz Izba uznała, że w co do spełnienia wymogów wynikających z pkt 1.10 siwz oferta Program nie jest sprzeczna z treścią siwz;

ad 3. Izba zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, że w braku wskazania parametrów przenikalności cieplnej świadczeniem odpowiadającym treści pkt 3.5.2. siwz w Częściach A i B „opis przedmiotu zamówienia, będzie pokrycie poręczy i uchwytów materiałem, który posiada jakiegokolwiek właściwości termoizolacyjne. Skoro lakierowanie farbą proszkowa przynosi skutek w postaci zmniejszenia przewodności cieplnej rury stalowej, co potwierdza opinia Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 24 czerwca 2009 r., (nie podważona przez odwołującego się), to brak jest podstaw do przyjęcia, że pokryte nią poręcze nie są zgodne z wymaganiami zamawiającego. Mając na względzie brzmienie pkt 3.5.2. siwz Izba uznała, że świadczenie Protram w tym zakresie odpowiada siwz;

ad.4. Sporne rysunki Nr 10 w ofercie Protram oraz odwołującego się różnią się jedynie sposobem prezentacji oraz podaniem przez odwołujący się wysokości tramwaju. Wysokość tramwaju została przez Protram wskazana w Załączniku Nr 3 – Formularzu ofertowym. Wobec takiego ustalenia, stwierdzić należy, że przedstawiona przez odwołującego się interpretacja zakresu informacji które winien zawierać rysunek numer 10 prowadzi do

wymagania powielania informacji podawanych w innych miejscach oferty. Ten sam zakres informacji wynika z innych dokumentów tworzących ofertę. Odwołujący nie udowodnił również, że brak uwidocznienia w rysunku Nr 10 w części B drugiego identycznego wagonu prowadzi do merytorycznej sprzeczności z wymaganiami siwz. Zatem zaprezentowanie przez Protram jednego wagonu na rysunku Nr 10 może stanowić, w okolicznościach sprawy uchybienie o charakterze wyłącznie formalnym, które nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią siwz;

ad.5. Z porównania rysunków nr 25 złożonych przez odwołującego się oraz Protram wynika, że zakres danych wskazanych przez odwołującego się jest znacznie szerszy (rysunki zawierają więcej elementów umieszczonych w kabinie motorniczego). Rysunek umieszczony w ofercie odwołującego się nie ukazuje wszystkich elementów wyposażenia wskazanych w pkt 3.6, co przyznał sam odwołujący.

W ocenie Izby nałożony w Części A i B Załącznika nr 3 obowiązek dotyczący treści rysunku Nr 25 rodzi zobowiązanie uwidocznienia dla potrzeb oceny zgodności oferty z siwz jedynie widoku pulpitu z uwzględnienia wyszczególnionych elementów wyposażenia. Zamawiający nie sformułował w siwz konieczności ukazania wszystkich umieszczonych w kabinie, a skoro oferta Protram zawiera minimalną wymaganą treść przewidzianą w siwz, to nie może podlegać odrzuceniu. Wobec sformułowania siwz odwołujący się nie może wyciągać z faktu, że sam zaprezentował kabinę motorniczego bardziej szczegółowo negatywnych konsekwencji dla Protram;

ad.6. Nie potwierdził się zarzut, iż oferta Protram nie przewiduje umieszczenia na dachu odgromnika. Ten element instalacji został bowiem zaprezentowany na stronie 60 i 131 oferty. Brak wskazania odgromnika na rysunku Nr 14 nie może skutkować niezgodnością oferty z siwz, również z tego względu, że skoro odgromnik nie stanowi samodzielnego urządzenia (czemu odwołujący się nie zaprzeczył), nie istnieje obowiązek zaprezentowania go na rysunku, który wg sformułowania użytego w Załączniku Nr 3, dotyczyć ma wyłącznie instalacji;

ad.7. Wyjaśnienia zamawiającego dotyczące przetwornicy statycznej przedstawione w rozstrzygnięciu protestu oraz podtrzymane na rozprawie są w ocenie Izby spójne i logiczne, a od strony technicznej nie zostały zakwestionowane przez odwołującego się. Oferta Protram w tej części nie może być uznana za niezgodną z siwz;

ad.8. Zarzut dotyczący braku w ofercie załącznika Nr 21 nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym, gdyż został uzupełniony przez Protram w wyniku wezwania dokonanego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający uznał załącznik Nr 21 "Bilans mocy dla pokładowego źródła napięcia", za dokument o charakterze przedmiotowym – potwierdzający przez oferowane dostawy spełnianie wymagań zamawiającego. Odwołujący się załącznik ten traktuje jako element treści oferty, do którego odnosi się art. 87 ust. 2 Pzp. Skoro odwołujący się nie zgadza się z dokonaną przez zamawiającego kwalifikacją prawną załącznika nr 21, winien sformułować w proteście zarzut niedopuszczalnego zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, w terminie 10 dni od dnia powzięcia informacji o tym fakcie. Termin ten rozpoczął swój bieg najpóźniej w dacie otrzymania przez odwołującego się rozstrzygnięcia protestu (nie można ustalić niespornie, że o uzupełnieniu załącznika Nr 21 odwołujący się powziął wiedzę zapoznając się z ofertą Protram w siedzibie zamawiającego). Na obecnym etapie uzupełnienie dokonane przez zamawiającego nie może być kwestionowane. Z mocy art. 191 ust.3 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów nie podniesionych w proteście. Zarzut nr 8 protestu poprzedzającego rozpatrywane odwołanie dotyczył wyłącznie braku załącznika nr 21 w ofercie Protram. Zarzut rozpoznany w granicach protestu nie znalazł potwierdzenia;

ad.9. W formularzu ofertowym – załączniku Nr 3 do siwz zamawiający żądał wyłącznie podania ilości okien stanowiących wyjścia awaryjne. W formularzu ofertowym Protram podał 5 okien awaryjnych, na stronie 39 uwidocznili natomiast 6 okien. Niesporne jest między stronami, iż z rozporządzenia Ministra Infrastruktury wynika obowiązek posiadania przez tramwaj trzyczłonowy 6 wyjść awaryjnych. Niespójność, której dopuścił się Protram podając w formularzu 5 okien awaryjnych, a w rysunku wskazując 6 okien jako wyjścia awaryjne nie skutkuje niezgodnością oferty z treścią siwz. Podlega natomiast poprawieniu jako omyłka, nie będąca oczywistą omyłką pisarską oraz omyłką rachunkową, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powstała rozbieżność zamawiający winien usunąć w ten sposób, że w formularzu ofertowym zostanie wskazana ilość 6 okien wynikająca z rysunku. Czynność poprawienia ilości okien wskazanych jako wyjścia awaryjne nie spowoduje wytworzenia nowej treści oferty (gdyż prawidłowa ilość wyjść awaryjnych została wskazana na rysunku) i możliwa jest do przeprowadzenia bez udziału wykonawcy (np. konieczności udzielania dodatkowych wyjaśnień);

ad.10. Podanie przez Protram w części B wysokości tramwaju 3350 mm, nie stanowi niezgodności oferty z treścią siwz. Wskazać należy, że czynności odrzucenia oferty z powodu przywołanej niezgodności zamawiający może dokonać jedynie w przypadku stwierdzenia, że świadczenie wykonawcy nie odpowiada jego oczekiwaniom wyraźnie wyartykułowanym w siwz. Zamawiający w siwz nie wskazał wprost parametrów granicznych zamawianych tramwajów, odsyłając jedynie do rozporządzenia Ministra Infrastruktury, które w § 3 statuuje wymóg nie przekraczania przez tramwaj wysokości 4 m. Oferta Protram

wymaganiom tym odpowiada, zatem na gruncie postanowień siwz brak jest podstaw do nakazania jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odnosząc się do niezaprzeczonego przez zamawiającego i Protram oświadczenia odwołującego się, że tramwaje o wysokości 3350 mm nie są użytkowane na terenie Polski, a taka wysokość wagonu powodować będzie utrudnienia dla wysokich pasażerów, Izba stwierdza, że nie zostały one poparte żadnym dowodem.

Postanowienia siwz wiążą zamawiającego na równi z wykonawcami. Skoro zamawiający ustalając parametry, których spełnienia oczekuje od oferowanych mu tramwajów, zaniechał opisanego swoich oczekiwań w sposób szczegółowy, poprzestając w pewnych elementach na odesłaniu do obowiązujących przepisów, to przyjęcie oferty zgodnej z powołanymi w siwz przepisami, należy ocenić jako prawidłowe i nie naruszające art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednocześnie stwierdzić należy, powołując się na jednobrzmiące oświadczenia zamawiającego i przystępującego, że przedmiotem umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie, w części B, dostawa tramwajów o wysokości 3350 mm, do czego zobowiązał się w ofercie Protram.

Reasumując, sformułowania siwz nie dają podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący się nie udowodnił podnoszonych przez siebie zarzutów.

Profesjonalizm uczestnika rynku zamówień publicznych winien wyrażać się nie tylko w rzetelnym przygotowaniu oferty – zaoferowaniu zamawiającemu świadczenia o wysokiej jakości, odpowiadającego jego oczekiwaniom. Profesjonalizm wykonawcy polega również na dokładaniu należytej staranności na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności na doprowadzeniu do sytuacji, w której wymagania zamawiającego określone w siwz, co do cech i parametrów przedmiotu świadczenia, określone zostaną w sposób jednoznaczny, nie pozwalający na rozbieżne interpretacje. W sytuacji, gdy przedmiot zamówienia opisany został w sposób pozwalający na różne rozumienie postanowień siwz, przesądzające znaczenie ma literalne jej brzmienie. Profesjonalizm wykonawcy wyraża się ponadto w adekwatnej reakcji na kolejno ujawniające się okoliczności mogące stanowić ośnowę zarzutów protestu oraz w przedstawieniu przekonujących dowodów potwierdzających podnoszone zarzuty. Terminy wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych na wnoszenie środków ochrony prawnej (w konsekwencji na podnoszenie zarzutów) mają charakter zawity, ich upływ powoduje utratę prawa do kwestionowania czynności zamawiającego.

Jak wykazało postępowanie przed Izbą, zamawiający sformułował siwz w wielu elementach w sposób ogólny, umożliwiając rozbieżną interpretację jej postanowień. Powołana przez

odwołującego się odpowiedź nr 20 zawarta w piśmie z 19 maja 2009 r. nakazująca literalna interpretacje wymagań zamawiającego, również nie stanowi prawidłowej, jednoznacznej odpowiedzi na zadane pytanie (gdyż z postanowień siwz, nie wynika wprost, czy tramwaj wymogi wynikające ze skrajni spełniać musi na dzień składania ofert, czy przy końcowym odbiorze technicznym a odpowiedź zamawiającego tego stanu rzeczy nie zmienia) i winna stać się przedmiotem protestu.

Odwołujący się przygotował ofertę w sposób bardziej szczegółowy oraz, w co najmniej w niektórych elementach (np. zastosowanie do pokrycia poręczy i uchwytów materiału o właściwościach termoizolacyjnych), o parametrach jakościowo wyższych. Jednak wobec ustalenia jako jedynych kryteriów oceny ofert ceny i terminu realizacji staranność odwołującego się nie może przynieść skutku w postaci uzyskania przez niego zamówienia w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby następuje to skutkiem zaniechania przez odwołującego się wnoszenia środków ochrony prawnej we właściwym czasie, w szczególności wobec treści siwz i udzielonych odpowiedzi.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia. Zaniechanie czynności poprawienia ilości okien stanowiących wyjścia awaryjne, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania, i nakazania ponownego badania i oceny ofert, jednak z innych, niż wskazane przez zamawiającego, przyczyn. Art. 191 ust. 1 a Pzp pozwala na uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone zostaną naruszenia przepisów ustawy mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność poprawienia pomyłki w ofercie Protram nie przyniesie skutku w postaci zmiany wyniku postępowania – uznania za najkorzystniejszą oferty Program, brak jest zatem podstaw do uwzględnienia odwołania z tego powodu..

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Izba uwzględniła wynagrodzenie pełnomocników zamawiającego, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do wysokości 3600 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....