

Sygn. akt: KIO 1945/14

WYROK

z dnia 9 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 7 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2014 r. przez wykonawcę **H.Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., 60 – 965 Poznań, ul. 28 Czerwca 1958 r. 223/229** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Śląskie S.A., 41 – 506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5**

przy udziale wykonawcy **Modertrans Poznań Sp. z o. o., 61 – 362 Poznań, ul. Forteczna 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

uiszczoną przez wykonawcę **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

3. zasądza od wykonawcy wykonawcę **H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **Tramwaje Śląskie S.A., 41 – 506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego – wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, którego przedmiotem jest „Zakup 12 wagonów tramwajowych z udziałem niskiej podłogi nie mniejszym niż 20% (zadanie nr 68) w ramach realizacji Projektu pn.: „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - etap II” przewidzianego do współfinansowania przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko” (Numer sprawy: UE/JRP/217/2014)

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2014/S 089-155993

Odwołujący: H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty pismem z dnia 12 września 2014 roku. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez wybór oferty MODERTRANS POZNAŃ Sp. z o.o. mimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy oraz § 7 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) - poprzez Wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna z treścią siwz.

Odwołujący wnosi o:

uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazanie Zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie niniejszego zamówienia są dwie firmy. Cena oferty Odwołującego to 51.399.240,00 zł brutto, z kolei cena oferty MODERTRANS POZNAŃ Sp. z o.o. to 58.302.000,00 zł brutto. W przypadku

uwzględnienia odwołania - oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza i uzyskałby on zamówienie.

Zawiadomienie o wyniku postępowania zostało doręczone w dniu 12 września 2014 roku.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, określonym w rozdziale V ust. 1 pkt 2 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wykonali lub wykonują dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia tj.: dostawy min. 3 szt. nowych wagonów tramwajowych częściowo lub całkowicie niskopodłogowych z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego. Przez niską podłogę zamawiający rozumie podłogę o wysokości maks. 370 mm nad poziomem główki szyny (pgs)”.

Na potwierdzenie spełnienia warunku, zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 pkt. 2.1 SIWZ żądano przedłożenia wraz z ofertą „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonane należycie”.

Celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący polegał na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, tzn. „Dom Handlowy UKWZ - Ukraina” Sp. z o.o. - zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy. W przedłożonym do oferty wykazie wykonanych dostaw (strona 26-27 oferty), Odwołujący wykazał, że podmiot trzeci w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w:

- 1) poz. 1 wykonał dostawę nowego wagonu tramwajowego modelu 71-623, częściowo niskopodłogowego (podłoga o wysokości maks. 370 mm nad poziomem główki szyny (pgs)) z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego (załącznik nr 5);
- 2) poz. 2 wykonał dostawę nowego wagonu tramwajowego modelu 71-623, częściowo niskopodłogowego (podłoga o wysokości maks. 370 mm nad poziomem główki szyny (pgs)) z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego (załącznik nr 5);
- 3) poz. 3 wykonał dostawę nowego wagonu tramwajowego modelu 71-623, częściowo niskopodłogowego (podłoga o wysokości maks. 370 mm nad poziomem główki szyny (pgs)) z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego (załącznik nr 5);

Na potwierdzenie, że dostawy zostały wykonane należycie, Odwołujący przedłożył stosowne dokumenty:

- 1) informację z dnia 22 maja 2014 roku nr 670 (strona 29 oferty), w której zawarte zostało sformułowanie o treści: „powyższa dostawa została zrealizowana w sposób należyty zgodnie z postanowieniami zawartymi w podpisanej umowie” (załącznik nr 6a),

2) opinię nr 21 z dnia 16 maja 2012 roku (strona 31 oferty), w której zawarte zostało sformułowanie o treści: „postanowienia umowy zostały w pełni zrealizowane w ustalonych terminach”, „...firma „Dom Handlowy UKWZ - Ukraina” Sp. z o.o. [...] dała się poznać jako partner niezawodny i odpowiedzialny” oraz „wyrażamy szczerą wdzięczność za sumienne wywiązanie się z zawartej umowy na dostawę” (załącznik nr 6b),

3) opinię nr 19/02 z dnia 19 lutego 2014 roku (strona 33 oferty), w której zawarte zostało sformułowanie o treści: „postanowienia umowy zostały w pełni zrealizowane w ustalonych terminach” „...firma „Dom Handlowy UKWZ- Ukraina” Sp. z o.o. [...] dała się poznać jako partner niezawodny i odpowiedzialny” oraz „wyrażamy szczerą wdzięczność za sumienne wywiązanie się z zawartej umowy na dostawę” (załącznik nr 6c).

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Wyrokiem z dnia 1 sierpnia 2014 roku, (sygn. akt: KIO 1472/14) KIO nakazała zamawiającemu wezwanie uzupełnienia jednej dostawy (poz. 1 Wykazu), ponieważ dostawa do Nikolajewa nie może być zaliczona do wymaganego doświadczenia. W pozostałym zakresie (poz. 2 i 3 Wykazu) odpowiadają warunkom Specyfikacji zamawiającego.”

Zważywszy na powyższe należy stwierdzić, że poz. 2 i 3 Wykazu są prawidłowe, tj. potwierdzają należyte wykonanie dostaw, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu.

Izba wskazała również, że zapoznając się z treścią referencji nie ma do nich zastrzeżeń jako do dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy dostawy.

Jednocześnie Izba uznała, że przekazanie wiedzy i doświadczenia przez Dom Handlowy UKWZ-Ukraina Sp. z o.o. nastąpiło zgodnie z przepisami Ustawy oraz że doświadczenie Domu Handlowego UKWZ Ukraina jako handlującego wagonami jest dopuszczalne.

Izba jednoznacznie stwierdziła, że „... nie podziela poglądu uczestnika po stronie zamawiającego, że handlujący wagonami nie może posiadać wiedzy specjalistycznej z zakresu produkcji, technologii, techniki tego czym handluje w tym wypadku wagonów tramwajowych”.

Na skutek powtórzenia czynności badania i oceny ofert, Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2014 roku wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 17

czerwca 2014 roku. Ponadto, Zamawiający wskazał, że przedłożone dokumenty powinny odpowiadać wymaganiom określonym Rozporządzeniem PRM w sprawie rodzajów dokumentów /.../.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący przedłożył wykaz wykonanych dostaw, tożsamy z wykazem dołączonym do oferty, rozszerzając go dodatkowo jeszcze o dwie wykonane dostawy (poz. 4 i 5 Wykazu) na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. we Wrocławiu, ul. Prusa 75-79, 50-316 Wrocław.

Bezzasadny jest zarzut Zamawiającego dotyczący przedłożenia dokumentów dotyczących potencjału podmiotu trzeciego - Domu Handlowego UKWZ - Ukraina Sp. z o.o. oraz potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez osoby reprezentujące Odwołującego. Są to te same dokumenty, które zostały dołączone do oferty, a więc Zamawiający już je posiada.

Dodatkowo, taka podstawa prawna wykluczenia jest w sposób nadmiernie i rygorystycznie interpretowana przez Zamawiającego i sprzeczna z zasadami ustawy pzp.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, Zamawiający powołując się na wyrok z dnia 20 sierpnia 2014 roku sygn. akt KIO 1601/14 oraz wyrok z dnia 22 sierpnia 2014 roku KIO 1617/14, stwierdził że udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez Dom Handlowy UKWZ - Ukraina Sp. z o.o. nie ma rzeczywistego charakteru, a tym samym dostawy wskazane w poz. 2 i 3 (Wykazu) nie są dostawami w rozumieniu art. 2 pkt 2 Ustawy.

Są to wyroki w innych sprawach. Zamawiający nie może się na nie powoływać w tym postępowaniu.

W związku z powyższym bezzasadne są zarzuty Zamawiającego dotyczące niewykazania dostaw oraz braku przekazania przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia. Zarówno wraz z ofertą, jak i w toku rozprawy przed Izłą oraz korespondencji między stronami (w tym także w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia) Odwołujący wykazał, że dostawy w poz. 2 i 3 wykazu dostaw spełniają warunek udziału w postępowaniu, a także, że przekazanie wiedzy i doświadczenia zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy rzeczywiście nastąpiło.

W szczególności całkowicie bezzasadne są wszelkie argumenty dotyczące tego, kto jest założycielem podmiotu trzeciego udostępniającego Odwołującemu swoje zasoby oraz o „konstrukcji wielopiętrowej”.

Bezzasadne są także zarzuty dotyczące udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez Remonty i Modernizacja Tramwajów PROTRAM Wrocław Sp. z o.o.

Odwołujący wykazał zarówno spełnienie warunku udziału w postępowaniu (poz. 4 i 5), jak i realne przekazanie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci.

Pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu w wyniku rozstrzygnięcia odwołania przed Krajową Izłą Odwoławczą.

Wobec powyższego, oczywistym jest, że nie mogło być sporządzone z datą złożenia oferty. W związku z tym, Odwołujący i podmiot trzeci nie mogli przecież antydatować dokumentu. Pisemne zobowiązanie jest zatem prawidłowe i zgodne z obowiązującymi przepisami. Przyjęcie innego założenia kwestionowałoby sam cel wezwania do uzupełnienia.

Tym samym zobowiązanie to należy uznać za prawidłowe spełniające warunek udziału w postępowaniu.

Przekazanie wiedzy i doświadczenia przez Remonty i Modernizacja Tramwajów PROTRAM Wrocław Sp. z o.o., ma charakter realny. Tym samym potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu.

Odwołujący wykazał, że podmiot trzeci w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w:

- 1) poz. 4 (Wykazu) wykonał dostawę nowego wagonu tramwajowego wieloczlónowego typu 205 WrAs, częściowo niskopodłogowego (podłoga o wysokości maks. 370 mm nad poziomem główki szyny (pgs)) z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego;
- 2) poz. 5 (Wykazu) wykonał dostawę nowego wagonu tramwajowego wieloczlónowego typu 205 WrAs, częściowo niskopodłogowego (podłoga o wysokości maks. 370 mm nad poziomem główki szyny (pgs)) z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący przedłożył dokument przekazany przez podmiot trzeci potwierdzający należyte wykonanie dostaw nowych wagonów tramwajowych wieloczlónowych typu 205 WrAs, częściowo niskopodłogowego (podłoga o wysokości maks. 370 mm nad poziomem główki szyny (pgs)) z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego. Dokument został wystawiony z datą 24 czerwca 2014 roku, a więc po dacie składania ofert (17 czerwca 2014 roku), ale potwierdza spełnienie warunku przed tą datą.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a Ustawy „Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio. nie później niż na dzień [...] składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1”.

Tym samym zarzut postawiony przez Zamawiającego co do terminu wystawienia referencji jest bezpodstawny.

Reasumując, wykazane w wykazie dostawy (poz. 2, 3, 4 i 5) potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Dodatkowo - prawidłowe są dokumenty na potwierdzenie przekazania wiedzy i doświadczenia w tym zakresie.

II.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający stwierdził, że „wyjaśnienia Wykonawcy zawarte w piśmie z 8.08.2014 r. znak NXZ1550/2014 nie potwierdzają zgodności parametru oferowanego tramwaju podanego w pkt 4.12 złożonej oferty „Tabelarycznego Zestawienia Parametrów Technicznych” (wg załącznika nr 9 do SIWZ) z opisem Przedmiotu Zamówienia pkt 2.1. a) b) c), pkt 2.5 ze złożonym „Oświadczeniem Wykonawcy” (wg załącznika nr 8 do SIWZ), dotyczącym spełnienia wymagań związanych ze skrajnią wagonu tramwajowego w odniesieniu do wymagań narzuconych:

1. Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 28 maja 2013 r. (Dziennik Ustaw poz. 688) w sprawie homologacji typu tramwajów i trolejbusów, a w tym § 2. 1) a) wraz z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 30 grudnia 2013r. (Dziennik Ustaw poz. 1716), zmieniającym rozporządzenie w sprawie homologacji typu tramwajów i trolejbusów;
2. Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011r. (Dziennik Ustaw nr 65 poz. 344) w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, a w tym § 3.4. oraz § 4.1.5:
3. Polską Normą PN-K-92008 Komunikacja Miejska - Skrajnia Kinematyczna Wagonów Tramwajowych, a w tym w szczególności pkt. 1.3.4.;
4. Polską Normą PN-K-92009 Komunikacja Miejska - Skrajnia Budowli, Wymagania, a w tym w szczególności pkt. 1.3.4 i pkt. 2.5. rysunek 1 „Kontur koniecznej przestrzeni nie zabudowanej dla toru 1435 mm”.

Zarzuty Zamawiającego są bezpodstawne.

Zaoferowany przez Odwołującego pojazd całkowicie spełnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

Spełniając zapisy występujące w SIWZ w Opisie Przedmiotu Zamówienia Odwołujący jednoznacznie i wyczerpująco oświadczył w Załączniku 8, że spełnia wymagania Zamawiającego związane ze skrajnią wagonu tramwajowego.

W poz. 4.12 załącznika nr 9, w kolumnie „wartość parametru” obowiązkiem Wykonawcy było wskazanie odpowiedniej wartości, która wg sporządzonego przez Zamawiającego opisu w kolumnie „parametr - dane statyczne” wskazywała jednoznacznie, iż Zamawiającemu chodziło o podanie najniższego punktu tramwaju nad pgs przy maksymalnym obciążeniu, zużyciu kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia. Takie stanowisko potwierdza Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 1472/14), w którym uznano, że w ww. punkcie 4.12 załącznika nr 9 Zamawiający użył ogólnego sformułowania „najniższy punkt tramwaju nad pgs” nie precyzując ściśle co należy rozumieć przez „tramwaj”, a tym samym nie określił, że będzie miał na uwadze w tym przypadku weryfikację parametru w odniesieniu

do konkretnych wymagań (np. weryfikację skrajni tramwajowej, jak obecnie interpretuje w swoim stanowisku).

Ponadto we wskazanym powyżej Wyroku Izba jednoznacznie orzekła, iż „W ocenie Izby ten jeden element oferty nie może decydować o ważności złożonej oferty zwłaszcza w kontekście wydanej opinii przez Instytut Pojazdów Szynowych „Tabor...”.

Odwołujący wpisał wartość „18 mm” - wartość ta jest zgodna z ww. Rozporządzeniami, normami: PN-K-92008 i PN-K-92009, jak i opisem w poz. 4.12. załącznika nr 9, a więc nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zawartymi w powyższych dokumentach.

Powyższy wymiar „18 mm” (w poz. 4.12 załącznika nr 9) określa zgodnie z wymaganiami Zamawiającego najniższy punkt tramwaju od pgs (poziomu główki szyny) występujący przy: maksymalnym obciążeniu, zużyciu obręczy kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia. Należy nadmienić, że przy konstruowaniu pojazdu należy brać pod uwagę cały zarys konturu odniesienia skrajni kompletnego pojazdu, więc dotyczący zarówno pudła tramwaju, jak i w tym przypadku wózków jezdnych.

Ponieważ Zamawiający użył ogólnego sformułowania „najniższy punkt tramwaju nad pgs” Odwołujący miał prawo określić, że do najniżej położonych części pojazdu (oprócz kół jezdnych, co jest oczywiste, mających bezpośredni styk z szynami jezdny i płóz hamulca szynowego, którego cechy konstrukcyjne determinują określoną zabudowę) należą najniżej położone elementy podzespołu piasecznic, które to mają za zadanie zabezpieczyć przed uszkodzeniami dysze piasecznic, a których to elementów dotyczy powyższy wymiar.

Miejsce występowania powyższych elementów zabudowanych wg wymagań normy PN-K-92008 w każdym przypadku wpisuje się w „kontur koniecznej przestrzeni niezabudowanej dla toru 1435mm” (zgodny z normą PN-K-92009), w obszarze konturu występującego na poziomie geodezyjnej płaszczyzny główek szyn (tj. w odległości od 650 do 850 mm od osi toru na każdą stronę), w którym to wymiary: 30 mm (wynikający z normy PN-K-92009) i 60 mm (wynikający z normy PN-K-92008) nie są obowiązujące. Potwierdza to opinia Instytutu Pojazdów Szynowych „TABOR” w Poznaniu, będącego Jednostką Notyfikowaną i posiadającą akredytację w zakresie badań oraz dopuszczeń pojazdów szynowych w tym tramwajów (pismo nr TW/125/07/14), która to w przytoczonym już wyroku KIO uznana została za Instytucję znającą się na teorii, jak i praktyce budowy pojazdów szynowych.

Ponadto że obszar w odległości od 650 do 850 mm od osi toru na każdą stronę - tj. obszar o szerokości 200 mm na stronę od osi toru - nie jest przeznaczony wyłącznie dla kół jezdnych, a jego występowanie nie wynika jedynie z jednej przesłanki - toczenia się kół po główce szyny - tak jak błędnie przytacza Zamawiający w swoim piśmie. Mając na uwadze rozwój techniki w dziedzinie pojazdów szynowych zabudowywane są w tym obszarze również takie urządzenia jak np.: hamulce szynowe (co do których określono kontur odniesienia w normie) oraz inne urządzenia do których należą np.: podzespoły piasecznic i urządzenia smarowania

obrzeży kół, które nie są przywołane w obecnych normach, a ich wysokość zabudowy nad główką szyny jest zasadniczo większa od zera.

Składając oświadczenie w Załączniku 8 o spełnieniu wymagania Zamawiającego związanych ze skrajnią wagonu tramwajowego, odwołujący potwierdził, że tramwaj również poza zakresem odległości od 650 do 850 mm od osi toru na każdą stronę spełnia wymagania co do konturu skrajni wynikającego zarówno: z normy PN-K-92008, a jednocześnie wynikającego z normy PN-K-92009, a więc wykazał, że nie dojdzie do kolizji z infrastrukturą tramwajową, i w związku z tym pojazd może uzyskać homologację.

Odwołujący informuje, że argumentacja zaprezentowana w jego odwołaniu z dnia 17 lipca 2014 roku, przedstawiona na rozprawie w KIO w dniu 30 lipca 2014 roku oraz przedstawiona w piśmie Odwołującego z dnia 8 sierpnia 2014 roku jest całkowicie spójna i każdorazowo dotyczy tego samego podzespołu piasecznicy (który stanowi element zespołu tzw. odgarniacza - który nie stanowi „odgarniacza” w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 roku (Dz. U. z 2011 r., Nr 65, poz. 344 w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia - § 4.1.5), który ma za zadanie chronić przed uszkodzeniami dysze piasecznic.

Z treści wyroku KIO z dnia 1 sierpnia 2014 roku w żadnym wypadku nie wynika, że Zamawiający na rozprawie w dniu 30 lipca 2014 roku wykazał, iż powyższa argumentacja jest błędna. Ponadto Odwołujący w żadnym wypadku nie zmienił swojego stanowiska co do elementu chroniącego przed uszkodzeniami dysze piasecznic.

Element ten jest elementem regulowanym o odpowiedniej konstrukcji umożliwiającej jego zabudowę również w skrajnych (określonych odpowiednimi wymiarami) położeniach (dolnym i górnym), które to nastawy mają za zadanie uwzględniać warunki eksploatacji i stopień zużycia kół jezdnych.

Błędna technicznie i logicznie bezzasadna jest zatem argumentacja Zamawiającego, że dla urządzeń regulowanych nie ma możliwości określenia konkretnego wymiaru.

W tym przypadku wymiar „18mm” (w poz. 4.12 załącznika nr 9) dotyczy dolnego skrajnego położenia elementu chroniącego przed uszkodzeniami dysze piasecznic określonego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przy: maksymalnym obciążeniu, zużyciu obręczy kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia.

Zamawiający jednocześnie nie sprecyzował, że wymiar punkcie 4.12. Załącznika 9 dotyczyć ma elementów nienastawnych tramwaju. Obecna interpretacja Zamawiającego, przywołująca w tym zakresie Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 28 maja 2013 roku (Dz. U. z 2013 r., poz. 688) w sprawie homologacji typu tramwajów i trolejbusów, stoi w sprzeczności z: określoną przez Zamawiającego treścią zawartą w poz. 4.12 załącznika nr 9, co poświadcza przytaczana już treść wyroku KIO.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący odrzuca argumentację Zamawiającego i zapewnia, że tramwaje oferowane przez niego spełniają wszystkie wymagania, a co za tym idzie gwarantują bezpieczną eksploatację.

Reasumując, oferta Odwołującego jest zgodna z treścią siwz.

Działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, ponieważ brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Dodatkowo także narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców określone w art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy.

Wskazać także należy, że załącznik nr 9 do SIWZ jest dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

W związku z tym, jeżeli Zamawiający uważał, że Odwołujący nie potwierdzał wymogów określonych w SIWZ, to zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy - czego nie uczynił.

Dodatkowo także, przesłanką odrzucenia oferty jest brak możliwości poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, czego Zamawiający także nie uczynił.

Uwzględniając powyższe, odwołujący stwierdza, że złożona przez niego oferta jest ofertą najkorzystniejszą i w związku z tym wybór oferty złożonej przez MODERTRANS POZNAŃ Sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy pzp i w związku z art. 26 ust. 2b ustawy pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp odrzucił ofertę tego wykonawcy.

Uzasadniając swoją decyzję zamawiający wskazał, co następuje.

Dokumenty złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 6.08.2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W wykonaniu wyroku KIO z 1.08.2014 r. sygn. akt 1472/14 zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia ze wskazaniem, że ww wyrokiem Izba uznała, że dostawy wykazane w wykazie (s. 26-27 oferty) nie spełniają opisanego warunku wiedzy i doświadczenia. Termin na złożenie ustalono na 14.08.2014 r. W wezwaniu zamawiający wskazał, że dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert i spełniać wymogi co do formy określone w § 7 rozporządzenia PRM w sprawie rodzajów dokumentów /.../. Dokumenty należało złożyć w oryginale lub kopii poświadczonej zgodnie z R. VI pkt 6 i 7 siwz.

Czynności uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiający postawił zarzuty:

1/ Nowy wykaz dostaw obejmuje - oprócz dwóch nowych pozycji - trzy pozycje tożsame ze wskazanymi w ofercie (s. 26-27). Odnośnie poz. 1 wykazu KIO przesądziła w ww wyroku,

że nie spełnia ona warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji powołanie się przez wykonawcę na zasoby udostępnione przez Dom Handlowy UKWZ Ukraina sp. z o.o. nie stanowi należytego wykonania wezwania. Przedłożone pismo dyr. D. W. L. z Mikołajowa (Nikołajewa) z 7.08.2014 r. wykazuje, że nie doszło do dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy pzp; wagon znajdował się u tego podmiotu czasowo (11.11.2011 – 2.03.2012) i był wykorzystywany do promocji. Należy wnioskować, że ze względu na brak elementu trwałego korzystania z przedmiotu dostawy w stosunku do przedsiębiorstwa z m. Mikołajowa wykonawca nie udowodnił dokonania dostawy, co koresponduje oceną Izby w wyroku z 1.08.2014 r.

2/ Na podstawie analogicznych dokumentów dotyczących ww trzech „dostaw” złożonych w przetargach równolegle prowadzonych przez innych zamawiających (Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. i ZKM Gdańsk) Izba w wyroku z 20.08.2014 r. sygn. akt KIO 1601/14 i z 22.08.2014 r. sygn. akt KIO 1617/14 przyjęła, że udostępnienie zasobów przez Dom Handlowy UKWZ-Ukraina na rzecz wykonawcy nie ma rzeczywistego charakteru, a jedynie iluzoryczny, „papierowy”. Zamawiający przyjął wywody zawarte w tych wyrokach za swoje, jako poczynione na podstawie tych samych dokumentów i tworzące konsekwentną linię orzeczniczą co do oceny tych dokumentów w zakresie braku zapewnienia realności dostępu do zasobów podmiotu.

3/ Zamawiający wskazał, że jak ustalono w wyroku KIO 1601/14 (s. 5 uzasadnienia) na skutek wyjaśnienia samego wykonawcy – Dom Handlowy UKWZ-Ukraina sp. z o.o. jest spółką założoną przez „Dom Handlowy Ust’ Katawska Fabryka Budowy Wagonów, Moskwa”. To oznacza, że Dom Handlowy UKWZ-Ukraina s. z o.o. nie ma bezpośredniego związku z producentem, co może tłumaczyć, dlaczego nie był w stanie przedłożyć jego zobowiązania do udostępnienia zasobów. Art. 26 ust. 2b mówi tylko o podmiocie trzecim, a ustawa nie zna instytucji polegania na zasobach „dalszego” podmiotu trzeciego. W tym przypadku występuje konstrukcja wielopiętrowa, bowiem podmiot prawa ukraińskiego byłby założony przez Dom Handlowy w Moskwie, a ten – być może – dopiero przez Ust’ Katawską Fabrykę Budowy Wagonów.

4/ Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie powołał się także na zasoby udostępnione przez Remonty i Modernizacja Tramwajów Protram Wrocław sp. z o.o. Przedłożone „zobowiązanie” tego podmiotu nie zmienia oceny zamawiającego co do braku realnego dysponowania podmiotu z Ukrainy (jak w pkt 3 powyżej) i w konsekwencji potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zasoby odnoszą się do dwóch dostaw wagonu tramwajowego, co w świetle podważenia wyrokami Izby realności dysponowania pierwotnymi zasobami nie jest wystarczające do wykazania spełnienia warunku – co najmniej trzy dostawy wagonu tramwajowego. Po drugie dokumenty Protram Wrocław, mimo iż jest to rzeczywisty producent, budzą zastrzeżenia co do realnego postawienia do dyspozycji

wykonawcy zasobów w dacie złożenia ofert (17.06.2014 r.). Wskazuje na to, w sensie formalnym, data 13.08.2014 r. wystawienia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i pisemnego zobowiązania podmiotu o oddaniu zasobów, a w znaczeniu materialnym to, że referencje dla Protram Wrocław, na które powołuje się wykonawca, noszą późniejszą datę niż 17.06.2014 r., mianowicie 24.06.2014 r. Ponadto podmiot trzeci oraz odwołujący w dacie składania ofert byli konkurentami w postępowaniu na dostawę wagonów w Gdańsku (rozstrzygniętej przed KIO w sprawie 1617/14). Pisemne zobowiązanie Protram nosi datę 13.08.2014 r. i wprawdzie zawiera oświadczenie o oddaniu na rzecz wykonawcy zasobów „od dnia 15.06.2014 r.”, lecz wykonawca wraz z tym zobowiązaniem nie przedstawił żadnych dodatkowych dokumentów, o których mowa w R. pkt 2.31 i 2.3.3 siwz powołanym w wezwaniu, które uprawdopodobniłyby ocenę istnienia tych relacji na dzień składania ofert. Zamawiający uznaje za niewiarygodne, by ci producenci, gdyby naprawdę zamierzali współpracować przy wykonaniu niniejszego postępowania (w dacie składania ofert, a nie późniejszej), nie przygotowali się do tego wcześniej poprzez określone uzgodnienia, korespondencję itp.

5/ zamawiający wskazał na powołanie się w wezwaniu na § 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów i wymogi formalne siwz w tym zakresie. Stwierdził, że dokumenty dotyczące potencjału Domu Handlowego UKZW-Ukraina nie spełniają wymogów, gdyż zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a nie przez podmiot trzeci. Wobec naruszenia formy wymaganej przepisami dokument należało uznać w skutkach tożsamych z jego niezłożeniem.

W konsekwencji zamawiający stwierdził, że brak jest dowodu na dysponowanie przez wykonawcę zasobami wiedzy i doświadczenia niezbędnym przy wykonywaniu zamówienia.

Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający stwierdził, że „wyjaśnienia Wykonawcy zawarte w piśmie z 8.08.2014 r. znak NXZ1550/2014 nie potwierdzają zgodności parametru oferowanego tramwaju podanego w pkt 4.12 złożonej oferty „Tabelarycznego Zestawienia Parametrów Technicznych” (wg załącznika nr 9 do SIWZ) z opisem Przedmiotu Zamówienia pkt 2.1. a) b) c), pkt 2.5 ze złożonym „Oświadczeniem Wykonawcy” (wg załącznika nr 8 do SIWZ), dotyczącym spełnienia wymagań związanych ze skrajnią wagonu tramwajowego w odniesieniu do wymagań narzuconych rozporządzeniami i normami (powołanymi w odwołaniu).

Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienie:

1/ stoi w sprzeczności z zasadami analizy skrajni tramwajowej oraz podstawami budowy pojazdów szynowych odnosząc się do przedziału szerokości pomiędzy 650 mm i 850 mm dla każdej ze stron wagonu liczonego od osi toru, w którym wszystkie podzespoły tramwaju mogą być na wysokości zrównanej z poziomem główki szyny, a co wynika z technicznej i

logicznej przesłanki – wymogu toczenia się kół po główce szyny. W tym przedziale szerokości wysokość od główki szyn wszystkich podzespołów nie ma znaczenia, skoro pozycja koła na szynie wymusza wartość zero. Odniesienie przez wykonawcę wymiaru 18 mm z tabeli do urządzeń zamontowanych w wyspecyfikowanym wyżej przedziale szerokości (650 i 850 mm) dla każdej ze stron wagonu, liczonego od osi toru jest błędem technicznym i logicznym. Elementy piasecznic i ich osłon znajdujące się w tym przedziale mogą być na dowolnej, technicznie zasadnej wysokości, skoro wartość wymagalną wyznacza koło styczne z szyną tj. wysokość zero. Ponadto urządzenia te są regulowane w zależności od stopnia zużycia obręczy i warunków eksploatacji, więc nie można przypisać im konkretnego wymiaru (tak też wykonawca stwierdził w wyjaśnieniu). W takiej sytuacji nielogiczne byłoby żądanie zamawiającego określenia w pkt 4.12 wymiaru najniższej położonego punktu tramwaju dla urządzeń regulowanych. W tabeli w pkt 4.12 zamawiający żądał określenie wymiaru najniższego punktu tramwaju nad poziomem główki szyny celem sprawdzenia, czy nie dojdzie do kolizji z infrastrukturą tramwajową, a tym samym, czy wagon spełnia normę skrajni budowli PN-K-92009 oraz czy tramwaj uzyska homologację.

2/ powołane wyjaśnienie stoi w sprzeczności z argumentacją zaprezentowaną w odwołaniu z 17.07.2014 r. Pierwotnie wykonawca przypisywał odległość 18 mm do najniższej położonego elementu tramwaju, do którego zaliczył zespół odgarniacza chroniący przed uszkodzeniami dysze piasecznic. Po wykazaniu przez zamawiającego na rozprawie 30.07.2014 r, że ta argumentacja jest błędna, wykonawca odniósł wymiar do podzespołu piasecznic. W świetle przedstawionych unormowań prawnych i technicznych odgarniacz jest elementem wyposażenia wagonu obejmującym swoją długością przednią oś wagonu, a nie tylko zawężone przez wykonawcę przedziały szerokości tramwaju. Istotne jest w sprawie, że w analizie spełnienia przez tramwaj wymogów skrajni kinematycznej, a w konsekwencji skrajni budowlanej, powołana norma PN-K-92008 – Komunikacja Miejska – Skrajnia Kinematyczna Wagonów Tramwajowych pkt 1.3.4. stanowi, że kontur odniesienia skrajni kinematycznej wagonu, poza którym nie powinna się znaleźć żadna jego część, nie dotyczy lusterek bocznych i odgarniaczy. Również rozp. Min. Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z 28 maja 2013 (D.U. poz. 688) w sprawie homologacji tramwajów w dokumentach informacyjnych o wagonie wymaga podania przez producenta najmniejszego prześwitu elementów nienastawnych tramwaju, odniesionego do poziomu główki szyny. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach odniósł wymiar 18 mm do elementów nastawnych tramwaju: za pierwszym razem odgarniaczowi, a obecnie częściom podzespołu piasecznic.

W tym świetle zamawiający kwestionuje otrzymane wyjaśnienia uznając, że wykonawca nie zapewnia spełnienia postawionych wymogów w zakresie wymagań obu norm PN-K-92008 i PN-K-92009. Spełnienie tych wymogów jest konieczne do skutecznego wprowadzenia tramwajów do obsługi pasażerów w istniejącej infrastrukturze liniowej w sposób

zapewniający nienaruszenie przez wagony konturu koniecznej przestrzeni niezabudowanej podczas ruchu z dowolną dopuszczalną prędkością. Nie gwarantują więc bezkolizyjnego przejazdu tramwaju po istniejących torowiskach.

W złożonej odpowiedzi na odwołanie zamawiający podtrzymał stanowisko.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania w całości. Stwierdził, że jeżeli wykonawca celem wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia posługuje się potencjałem osoby trzeciej, to muszą zaistnieć: rzeczywiste, realne dysponowanie zasobami, osoba trzecia musi być wykonawcą zadań w ilości wymaganej przez siwz, wreszcie wykonawca musi udowodnić zamawiającemu powyższe okoliczności dokumentami o formie i treści zgodnej z ustawą pzp. W ocenie przystępującego odwołujący przedstawił dokumenty nie stanowiące dowodu wymaganego, lecz dokumenty o treści potwierdzającej, że „najpóźniej w dacie składania ofert” nie miał rzeczywistego i realnego dostępu do wymaganej ilości wiedzy i doświadczenia osoby trzeciej.

Wskazał na sprzeczne z prawem (rozp. W sprawie dokumentów) poświadczenie dokumentów Domu Handlowego UKWZ Ukraina, co należy utożsamiać w skutkach z niezłożeniem dokumentu. Zauważył, że wymóg co do formy oprócz rozstrzygnięć w przepisach, był wskazany w siwz i ponowiony w wezwaniu z 6 sierpnia 2014 r. Uznał, że treść dokumentów przedłożonych 14 sierpnia 2014 r. nie może być zaakceptowana.

Podniósł brak rzeczywistego dostępu do zasobów osoby trzeciej w terminie składania ofert. Zauważył, że pierwotnie odwołujący korzystał z wiedzy i doświadczenia jednego podmiotu tj. DH Ukraina. Wskutek wyroku KIO 1472/14 jedna z dostaw tego podmiotu uznana została za niespełniającą wymogów siwz. Został wezwany w trybie art. 26 ust. 3. Ustawy pzp. W toku dwóch kolejnych spraw odwoławczy z udziałem odwołującego (KIO 1601/14 i KIO 1617/14) uznano, że zobowiązanie DH Ukraina o treści takiej, jak przedłożona w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia – nie zapewniało rzeczywistego i realnego dostępu do potrzebnych zasobów. Wg wyroków w tych sprawach bez znaczenia było, ile projektów zrealizował DH Ukraina, skoro odwołujący i tak nie miał dostatecznego i rzeczywistego dostępu do wiedzy i doświadczenia z nich płynących.

Odnosnie podmiotu Protram przystępujący stwierdził, że brak jest dowodu na dysponowanie przez odwołującego zasobami tego producenta, jak tego wymaga art. 26 ust. 3 ustawy pzp, a więc najpóźniej w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, lecz dowodzi okoliczności wręcz przeciwnej, tj. tego, że aż do 13 sierpnia 2014 r. zobowiązanie po stronie Protram nie istniało. Powyższe, uwzględniając stwierdzenia odwołania, potwierdza, że w terminie składania ofert nie istniało porozumienie odwołującego z firmą Protram co do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zauważył także, że podmioty te były

konkurentami w innym postępowaniu na rzecz ZKM Gdańsk opisanym w orzeczeniu KIO 1617/14.

W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą strony i uczestnik złożyli dokumenty na poparcie swoich stanowisk.

Odwołujący złożył opinię Instytutu Pojazdów Szynowych TABOR z 06.10.2014 r. oraz ilustrację przedstawiającą położenie najniższego punktu pojazdu nad poziomem główki szyny, protokół zdawczo – odbiorczy wagonu tramwajowego z tłumaczeniem z 05.10.2012 r., protokół zdawczo – odbiorczy wagonu tramwajowego z tłumaczeniem z 08.05.2012 r., umowę na dostawę wagonu tramwajowego zawartą w Kijowie 02.04.2012 r., umowę na dostawę wagonu tramwajowego z 05.09.2012 r., pismo z 13.08.2014 r. producenta wagonów, pismo producenta z 19.05.2011 r. upoważniające Dom Handlowy UKZ Ukraina do prowadzenia rozmów i podpisania kontraktu na dostawę wagonów tego producenta.

Zamawiający złożył opinię Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa Zakładu Komunikacji Miejskiej z 22.08.2014 r. i poglądowy rysunek techniczny zawierający wymiary nawiązujące do postanowień normy.

Przystępujący złożył porozumienie o współpracy z 11.06.2014 r. pomiędzy odwołującym a Domem Handlowym UKZ Ukraina, porozumienie pomiędzy odwołującym a Domem Handlowym UKZ Ukraina z 21.07.2014 r, złożone w postępowaniu prowadzonym przez ZKM Gdańsk, odpisy wyroków Izby sygn. akt KIO 1601/14 oraz 1617/14, korespondencję mailową prowadzoną z Ambasadą Rzeczypospolitej Polski w Moskwie Dział Promocji i Handlu na temat zakończenia współpracy DHUKZ i UKWZ oraz rysunek poglądowy obrazujący najniższy punkt tramwaju przystępującego (dwustronicowy).

Na rozprawie uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia:

Odwołujący podtrzymał odwołanie z zawartą w nim argumentacją, zarzutami i żądaniem. Wskazał, że na potwierdzenie, iż DH Ukraina realizował dostawy w rozumieniu ustawy Pzp (co dotyczy poz. 2 i 3 uzupełnionego wykazu) przedstawił umowy i protokoły do akt. Odnośnie poz. 4 i 5 wykazu wskazał, że są to dostawy firmy PROTRAM, które zostały zrealizowane w wymaganym terminie, te uzupełnione dostawy zostały przedstawione w wyniku wyroku Izby z 1.08.2014 r. sygn. KIO 1472/14 i w związku z tym wyrokiem uzyskał stosowne zobowiązanie firmy do udostępnienia zasobów datowane oczywiście po dacie składania ofert, lecz tę datę obejmujące. Zauważył, że wcześniej nie było potrzeby uzyskania dodatkowego potwierdzenia co do udostępnionych zasobów, wcześniej takiego porozumienia nie zawierał, gdyż nie istniała taka potrzeba. Działał w przekonaniu, że dokumenty pierwotne pochodzące od podmiotu ukraińskiego złożone z ofertą były

wystarczające do potwierdzenia wymaganych warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Stwierdził, że wymóg potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów DH Ukraina przez ten podmiot jest zbyt rygorystyczne zwłaszcza, że zamawiający posiada już właściwe dokumenty w samej ofercie. Realność udostępnienia zasobów przez ten podmiot została potwierdzona wyrokiem Izby wyżej wskazanym. Dodatkowo odwołujący wskazał na dokumenty złożone na posiedzeniu, w tym oświadczenie producenta tramwajów dotyczące doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Wskazał, że zakres współpracy pomiędzy producentem a udostępniającym zasoby wskazuje na rzeczywistą wiedzę i doświadczenie, które już udostępnił producentowi tramwajów w sposób realny, a ten sposób udostępnienia doświadczenia producentowi tramwajów jest tożsamy z zobowiązaniem udzielonym na rzecz odwołującego. Stwierdził, że producent realizuje dostawy za pośrednictwem różnych podmiotów, domów handlowych, a mail z 04.09.2014 r. dotyczy innego podmiotu tj. DH Moskwa. Na tę okoliczność złożył wypis z rejestru przedsiębiorców dot. UKWZ Ukraina.

Stwierdził, że złożona oferta jest zgodna w swej treści z treścią SIWZ. Złożył na tę okoliczność wymagane informacje i oświadczenia w tym dot. skrajni zgodnie z normą. Wskazanie najniższego punktu tramwaju nad poziomem główki szyny nastąpiło w wykonaniu wymogu zał. nr 9 tj. zestawienia parametrów technicznych. Jest to rozwiązanie realne, przedstawiono je także w złożonej do akt ilustracji. Wskazał także na niejasność sformułowania w pkt 4.12 zał. nr 9 sugerującego przedstawienie wielkości większej niż 0 bez żądania określenia współrzędnych punktu co byłoby wymogiem zrozumiałym. Przypomniał, że dostawy referencyjne firmy PROTRAM były wykonane w terminie. Podkreślił, że podmiotem trzecim udostępniającym doświadczenie jest DH Ukraina, a tezy zamawiającego i przystępującego o kaskadowości udostępnień przez kolejne firmy są błędne. Przypomniał, że warunkiem udziału w postępowaniu jest dostawa, a nie produkcja co tym bardziej potwierdza realność udostępnienia podmiotu trzeciego. Podkreślił, że sporządził ofertę zgodnie z SIWZ. Podtrzymał, że opis elementów na złożonej ilustracji jest prawidłowy i stwierdził, że w rozwiązaniach technicznych pojazdów szynowych nastąpił znaczny rozwój.

Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Stwierdził, że wykonawca nie udowodnił, że dysponuje zasobami podmiotów trzecich, w szczególności wskazał, że odwołujący przyznał, iż nowy podmiot tj. PROTRAM Wrocław udostępnia zasoby po terminie składania ofert. Porównał tę sytuację do niedopuszczalnej zmiany oferty. Wskazał na konieczność wykazania rzeczywistej dostępności zasobów i przypomniał, tak jak wskazał w piśmie, że po wyroku KIO z 01.08.2014 r. ujawniono nowe fakty i okoliczności co do realności udostępnienia zasobów podanych w poz. 2 i 3 uzupełnionego wykazu. Zauważył, że złożone przez odwołującego pismo z 19.05.2011 r. wskazuje jedynie na upoważnienie

DH Ukraina do podpisywania kontraktów sprzedaży. Pismo kolejne z 13.08.2014 r. wskazuje na doświadczenie podmiotu trzeciego w zakresie dostawy tramwajów na terytorium Ukrainy i związanych z tym czynności również na terenie Ukrainy, a w szczególności warunków eksploatacyjnych na tym terenie. Stwierdził, że wypis z rejestru podmiotów złożony na posiedzeniu datowany jest na 14.08.2014 r. i w związku z tym nie ma znaczenia w tym postępowaniu. Podtrzymał zarzuty dot. naruszenia § 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Podtrzymał zarzuty w odniesieniu do treści oferty i zadeklarowanych parametrów. Wskazał na treść opinii IGPiM złożonej do akt sprawy. Zakwestionował profesjonalizm odwołującego w zakresie wymaganych parametrów w ofercie jak i w składanych wyjaśnieniach. Wskazał na odmienną treść pisma producenta z 13.08.2014 r. złożonego do akt postępowania odwoławczego w stosunku do treści porozumienia złożonego w ofercie. Podkreślił, że z treści porozumienia nie wynika rzeczywistość udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Wskazuje, iż odwołujący nie wskazał jakiego pojazdu dotyczy złożona przez niego ilustracja poza stwierdzeniem „inny pojazd szynowy”.

Przystępujący podtrzymał stanowisko zawarte w złożonym piśmie. Stwierdził, że odwołujący przyznał, iż nie dysponował potencjałem firmy PROTRAM do dnia składania ofert. Podtrzymał stanowisko, iż wykonawca nie dysponuje potencjałem DH Ukraina i oceny tej nie zmieniają dokumenty złożone na posiedzeniu. Poddał w wątpliwość związki biznesowe DH Ukraina, DH Moskwa, który wg jego wiedzy jest założycielem tego pierwszego, a producentem tramwajów. Wskazał, że odwołujący w innym postępowaniu (KIO 1601/14) przedstawił odmienne informacje co do podmiotu założycielskiego DH Ukraina w stosunku do informacji złożonych na dzisiejszym posiedzeniu. Wskazał na niekonsekwentne wyjaśnienia odwołującego dot. parametrów technicznych wskazanych w ofercie (analogicznie do stwierdzeń zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie na str. 10). Wskazał na przepisy i normy techniczne, które precyzują wymogi stawiane pojazdom i stwierdził, że odwołujący treścią oferty naruszył te wymogi i popełnił błędy, których profesjonalista nie powinien był popełnić. Zakwestionował złożoną przez odwołującego ilustrację stwierdzając, że wg jego wiedzy nie jest to tramwaj, a element piasecznicy, którego dot. wartość 18 mm wskazany jako zabezpieczenie przed uszkodzeniami dyszy piasecznicy, w rzeczywistości jest grzałką piasecznicy. Stwierdził, że postanowienia specyfikacji są jasne dla profesjonalistów, wielokrotnie były stosowane przez zamawiającego w przypadku wątpliwości wykonawców. Wskazał na aktualność norm i przepisów powołanych w tym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści oferty odwołującego, wyroku sygn. akt 1472/14 oraz czynności badania i oceny oferty wraz z wyjaśnieniami wykonawcy zważyła, co następuje.

W zakresie decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania Izba uznaje, że dokumenty złożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w wykonaniu wyroku KIO z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1472/14) nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Nowy wykaz dostaw referencyjnych zawierał w poz. 1 dostawę, co do której w powołanym wyżej wyroku uznano niezgodność z warunkami udziału w postępowaniu. Kolejne dwie pozycje natomiast uznano jako możliwe do uwzględnienia wobec braku wymogu siwz, by dostawca musiał być jednocześnie producentem tramwajów. Opierając się na tym ustaleniu Izba uwzględniając stan sprawy wykazany na dzień rozstrzygnięcia (1.08.2014 r.) uznała dwie dostawy za odpowiadające warunkom specyfikacji zamawiającego.

Zauważyć należy, że po wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. Izba wydała jeszcze dwa wyroki w analogicznym stanie faktycznym tj. dnia 20 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1602/14 i dnia 22 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1617/14. W obydwu tych postępowaniach przedmiotem rozpatrzenia była ocena, czy udostępnienie zasobów przez Dom Handlowy UKWZ – Ukraina sp. z o.o. miało rzeczywisty charakter. Należy przypomnieć, że chodziło o tożsame, jak w sprawie niniejszej dostawy referencyjne, w związku z którymi ww podmiot udostępniał wiedzę i doświadczenie na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy pzp. W obydwu wypadkach Izba przesądziła o braku realności udostępnienia zasobów.

Skład orzekający w sprawie niniejszej podzielił stanowisko, że wykonawca nie udowodnił dysponowania zasobami podmiotu trzeciego (partnera ukraińskiego) w zakresie wymaganym postanowieniami Rozdziału VI siwz. Zamawiający w toku ponownego badania oferty zasadnie wziął pod uwagę nowo ujawnione fakty i okoliczności, w oparciu o które zapadły kolejne dwa wyroki, w których szczegółowo wykazano, iż zakres udostępnienia potencjału opisany w porozumieniu tego podmiotu z odwołującym, stosownie do jego treści, jest typowy dla producenta wagonów tramwajowych, a takim podmiotem trzecim nie jest. Wymaga zauważenia, iż zarówno z treści porozumienia o współpracy, treści zobowiązania podmiotu trzeciego, jak i oświadczenia odwołującego na rozprawie wynika, że wykonawca zamierza korzystać wyłącznie z zasobów jednego podmiotu, zatem bez znaczenia pozostaje kwestia związków tego podmiotu z innymi przedsiębiorcami, w tym np. producentem wagonów będących przedmiotem dostaw referencyjnych, a także rozważania co do dopuszczalności ewentualnego udostępnienia zasobów przez podmioty inne. Skoro zatem Dom Handlowy Ukraina będący dystrybutorem wagonów nie posiada sam wiedzy i doświadczenia

właściwych producentowi, niezależnie od faktu, że w pewnym zakresie dysponuje wiedzą szerszą od właściwej wyłącznie dostawcy, nie mógł udostępnić samodzielnie wiedzy i doświadczenia umożliwiającego wywiązanie się z zobowiązań poczynionych w porozumieniu z odwołującym się wykonawcą. W konsekwencji realne dysponowanie takim potencjałem nie zostało udowodnione, co oznacza, że Izba podziela wnioski zawarte w powołanych wyrokach z 20 i 22 sierpnia 2014 r., w których w odróżnieniu od wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. dokonano szczegółowej analizy w zakresie rzeczywistego, a raczej braku takiego, udostępnienia zasobów przez ten sam podmiot.

W zakresie zasobów udostępnionych przez spółkę Remonty i Modernizacja Tramwajów Protram Wrocław sp. z o.o. niesporne jest ustalenie, że należało wykazać rzeczywiste dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego w chwili składania ofert, co wynikało zarówno z treści wezwania zamawiającego skierowanego do wykonawcy, a przede wszystkim ma za podstawę przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Postępowanie dowodowe zarówno w oparciu o przedstawione dokumenty, jak i wyjaśnienie wykonawcy wykazało jednoznacznie, że strony zawarły porozumienie o współpracy po upływie terminu składania ofert i pod dniu 1 sierpnia 2014 r., w którym wydano wyrok nakazujący ponowienie badania ofert. W szczególności wykonawca w ramach uzupełnienia dokumentów załączył referencje datowane na 24.06.2014 r. tj. po terminie składania ofert, który przypadał na 17.06.2014 r., ergo nie wykazał dysponowania zasobami wcześniej niż 24 czerwca 2014 r.

W takim stanie faktycznym Izba uznaje, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu także w ramach procedury uzupełniania dokumentów mających potwierdzić spełnianie warunków, co oznacza, że zamawiający czynnością wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w rozstrzygnięciu o wyniku postępowania.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający stwierdził, że „wyjaśnienia Wykonawcy zawarte w piśmie z 8.08.2014 r. nie potwierdzają zgodności parametru oferowanego tramwaju podanego w pkt 4.12 złożonej oferty „Tabelarycznego Zestawienia Parametrów Technicznych” (wg załącznika nr 9 do SIWZ) z opisem Przedmiotu Zamówienia pkt 2.1. a) b) c), pkt 2.5 ze złożonym „Oświadczeniem Wykonawcy” (wg załącznika nr 8 do SIWZ), dotyczącym spełnienia wymagań związanych ze skrajnią wagonu tramwajowego w odniesieniu do wymagań narzuconych (tu wskazano stosowne rozporządzenia i Polskie Normy).

Zamawiający stwierdził, że otrzymane wyjaśnienia stoją w sprzeczności z zasadami analizy skrajni tramwajowej oraz podstawami budowy pojazdów szynowych odnosząc się do przedziału szerokości pomiędzy 650 mm i 850 mm dla każdej ze stron wagonu liczonego od osi toru, w którym wszystkie podzespoły tramwaju mogą być na wysokości zrównanej z

poziomem główki szyny, a co wynika z technicznej i logicznej przesłanki – wymogu toczenia się kół po główce szyny. W tym przedziale szerokości wysokość od główki szyn wszystkich podzespołów nie ma znaczenia, skoro pozycja koła na szynie wymusza wartość zero. Odniesienie przez wykonawcę wymiaru 18 mm z tabeli do urządzeń zamontowanych w wyspecyfikowanym wyżej przedziale szerokości (650 i 850 mm) dla każdej ze stron wagonu, liczonego od osi toru jest błędem technicznym i logicznym. Elementy piasecznic i ich osłon znajdujące się w tym przedziale mogą być na dowolnej, technicznie zasadnej wysokości, skoro wartość wymagalną wyznacza koło stykające z szyną tj. wysokość zero. Ponadto urządzenia te są regulowane w zależności od stopnia zużycia obręczy i warunków eksploatacji, więc nie można przypisać im konkretnego wymiaru (tak też wykonawca stwierdził w wyjaśnieniu). W takiej sytuacji nielogiczne byłoby żądanie zamawiającego określenia w pkt 4.12 wymiaru najniższej położonego punktu tramwaju dla urządzeń regulowanych. W tabeli w pkt 4.12 zamawiający żądał określenia wymiaru najniższego punktu tramwaju nad poziomem główki szyny celem sprawdzenia, czy nie dojdzie do kolizji z infrastrukturą tramwajową, a tym samym, czy wagon spełnia normę skrajni budowli PN-K-92009 oraz czy tramwaj uzyska homologację.

Powyższą ocenę dokonaną przez zamawiającego Izba uznaje za prawidłową.

Skład orzekający zauważa także, że wyjaśnienie wykonawcy stoi w sprzeczności z argumentacją zaprezentowaną w odwołaniu z 17.07.2014 r. w sprawie sygn. KIO 1472/14. Pierwotnie wykonawca przypisywał odległość 18 mm do najniższej położonego elementu tramwaju, do którego zaliczył zespół odgarniacza chroniący przed uszkodzeniami dysze piasecznic. W kolejnym stanowisku wykonawca odniósł wymiar do podzespołu piasecznic.

W świetle unormowań prawnych i technicznych odgarniacz jest elementem wyposażenia wagonu obejmującym swoją długością przednią oś wagonu, a nie tylko zawężone przez wykonawcę przedziały szerokości tramwaju. Istotne jest w sprawie, że w analizie spełnienia przez tramwaj wymogów skrajni kinematycznej, a w konsekwencji skrajni budowlanej, norma PN-K-92008 – wymaga podania przez producenta najmniejszego prześwitu elementów nienastawnych tramwaju, odniesionego do poziomu główki szyny. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach odniósł wymiar 18 mm do elementów nastawnych tramwaju: za pierwszym razem odgarniaczowi, a obecnie częściom podzespołu piasecznic.

W tym świetle wyjaśnienia są nieprawidłowe i niekonsekwentne, a w istocie zmierzają do zmiany treści oferty.

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp w toku prowadzonego postępowania.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....