

Sygn. akt: KIO 204/12
KIO 208/12

WYROK
z dnia 2 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**
Katarzyna Ronikier-Dolańska
Ewa Rzońca

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2012 r. i 26 czerwca 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2012 r. przez:

- A. wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 (sygn. akt KIO 204/12),**
- B. wykonawcę **Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w miejscowości Owińska, 62-005 Owińska, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46 (sygn. akt KIO 208/12),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn, 10-101 Olsztyn, Pl. Jana Pawła II Nr 1,**

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NEAWG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 (lider konsorcjum); MODERTRANS Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 61-362 Poznań, ul. Forteczna 2** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 204/12 i KIO 208/12 po stronie zamawiającego,

2. wykonawcy **Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w miejscowości Owińska, 62-005 Owińska, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 204/12 po stronie zamawiającego,
3. wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 (sygn. akt KIO 204/12)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 208/12 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. siedzibą w Bydgoszczy, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 (sygn. akt KIO 204/12)** i wykonawcę **Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w miejscowości Owińska, 62-005 Owińska, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46 (sygn. akt KIO 208/12)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. siedzibą w Bydgoszczy, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 (sygn. akt KIO 204/12)** i wykonawcę **Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w miejscowości Owińska, 62-005 Owińska, Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46 (sygn. akt KIO 208/12)** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 204/12

KIO 208/12

Uzasadnienie

Gmina Olsztyn, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę fabrycznie nowego taboru tramwajowego w ramach programu: Modernizacja i rozwój zintegrowanego systemu transportu zbiorowego w Olsztynie”,.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 września 2011 r., nr 2011/s 184-301241.

W dniu 20 stycznia 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, zwanego dalej „odwołującym PESA”, oraz wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w miejscowości Owińska, zwanego dalej „odwołującym Solaris”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (lider) i MODERTRANS Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „konsorcjum NEWAG”, jako najkorzystniejszej.

sygn. akt KIO 204/12

W dniu 30 stycznia 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący PESA wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 30 stycznia 2012 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- 1) czynności wyboru oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania wykluczenia wykonawcy konsorcjum NEWAG,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG,
- 4) zaniechania wykluczenia wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w miejscowości Owińska, zwanego dalej „wykonawcą Solaris”, oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- 5) zaniechania wezwania wykonawcy konsorcjum NEWAG i wykonawcy Solaris do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

6) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego PESA jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG jako najkorzystniejszej,
- 2) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum NEWAG oraz wykonawcy Solaris z postępowania z uwagi na nie wykazanie przez tych wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Solaris oraz oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG,
- 4) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum NEWAG oraz wykonawcy Solaris z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z ostrożności procesowej odwołujący PESA podniósł także zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum NEWAG oraz wykonawcy Solaris do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie odwołujący PESA wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zastosowania wobec wykonawców: konsorcjum NEWAG oraz wykonawcy Solaris procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nakazanie wezwania tych wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Solaris oraz oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG,
- 4) nakazanie wykluczenia wykonawcy Solaris oraz wykonawcy konsorcjum NEWAG,
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty odwołującego PESA.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący PESA wskazał m.in.:

- 1) odnośnie oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG, iż:

- wykonawca ten (konsorcjum NEWAG) nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1.2) SIWZ, gdyż z przedstawionej w ofercie referencji Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2011 r. nie wynika wprost, iż wykonawca ten zrealizował zamówienie rozumiane jako realizacja wszystkich warunków umowy w całości. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu zamawiający żądał należytego wykonania co najmniej jednego zrealizowanego zamówienia polegającego na dostawie co najmniej dwóch fabrycznie nowych tramwajów wieloczołowych. W świetle posiadanych przez odwołującego PESA informacji, dostawy tramwajów Moderus BETA MF 02 AC, objęte są zamówieniem - umową, zawartą pomiędzy Miejskim Przedsiębiorstwem Komunikacyjnym w Poznaniu Sp. z o.o. a Modertrans Sp. z o.o., obowiązującą w okresie od dnia 01.03.2010 r. do dnia 31.03.2014r. W związku z powyższym wykonawca konsorcjum NEWAG nie może skutecznie legitymować się dostawami wykazanymi w wykazie złożonym wraz z ofertą, albowiem dostarczone pojedyncze sztuki tramwajów Moderus BETA MF 02 AC są jedynie fragmentem zamówienia objętego umową obowiązującą od dnia 01.03.2010 r. do dnia 31.03.2014 r. Zamówienie objęte przedmiotową umową nie zostało jeszcze zrealizowane przez MODERTRANS Sp. z o.o., co w świetle niekwestionowanego uprzednio przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu powoduje brak możliwości posługiwania się dostawami opisanymi w ofercie na potwierdzenie tak opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ warunku udziału w postępowaniu;
- deklarowany w ofercie wykonawcy konsorcjum NEWAG poziom dźwięku mierzony na zewnątrz podczas jazdy przy stałej prędkości 50 km/h, który określony został na poziomie 65,9dB, jest w praktyce dla tego typu pojazdu wartością niemożliwą do osiągnięcia. W najnowocześniejszych konstrukcjach tramwajów na świecie, poziom dźwięku mierzony przy prędkości 50km/h wynosi około 76dB, a dla konstrukcji znanych szeroko w Polsce tramwajów 105Na poziom dźwięku przy tej prędkości wynosi 89,7 dB. A ponieważ poziom dźwięku jest jednym z parametrów technicznych stanowiący kryterium oceny ofert podanie przez wykonawcę konsorcjum NEWAG w ofercie poziomu dźwięku, który nie zostanie osiągnięty w oferowanym tramwaju, miało bezpośredni wpływ na wysokość punktacji przyznanej temu wykonawcy w kryterium „Parametry techniczne”, która została w tym zakresie w sposób nieuprawniony zawyżona. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego PESA, w treści oferty konsorcjum NEWAG wykonawca podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego

postępowania, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

2) odośnie oferty wykonawcy Solaris:

- wykonawca Solaris nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1.2) SIWZ. Wykonawca ten złożył wraz z ofertą „Wykaz dostaw”, w którym wskazał na dostawę 19 szt. tramwajów typu Flexity Outlook C dla Zleceniodawcy - SWK Mobil GmbH, a która to dostawa została wykonana m.in. przez firmę Vossloh Kiepe GmbH z siedzibą w Duesseldorfie (jak wynika z „Listu referencyjnego”, s. 48-49 oferty). A ponadto złożonego wraz z ofertą (s. 51) „Oświadczenia” nie można przyjąć jako zobowiązania wypełniającego normę art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż mowa w nim o oddaniu do dyspozycji firmie Solaris bliżej nie sprecyzowanych zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Oświadczenie to należy zatem uznać za bezskuteczne, gdyż w „Oświadczeniu” tym brak jest jakiegokolwiek informacji o tym, jakie zasoby i w jakim zakresie są oddawane do dyspozycji wykonawcy Solaris, w ogóle nie nawiązuje ono do udziału Vossloh Kiepe GmbH w realizacji zamówienia, jak również wykonawca Solaris w złożonej ofercie nie wykazał, iż zostało ono podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Vossloh Kiepe GmbH. Nie można więc go utożsamiać z zobowiązaniem do udostępnienia zasobów (w szczególności zasobów wiedzy i doświadczenia), które odpowiadałoby przepisowi art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tym samym spełnienie wskazanego warunku udziału w postępowaniu nie zostało przez wykonawcę Solaris wykazane. W powyższym zakresie wykonawca Solaris powinien zostać wezwany, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o ile nie zajdą przesłanki do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z kolejnymi zarzutami podnoszonymi w odwołaniu wniesionym przez wykonawcę PESA;
- tramwaj oferowany przez wykonawcę Solaris nie spełnia wymogów sformułowanych przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 1.7), w tym:
 - a) oferowany tramwaj nie spełnia wymagań punktu 2.8 wymiary konturu odniesienia skrajni kinematycznej wagonu tramwajowego normy PN-K-92008, a tym samym zaoferowany pojazd nie odpowiada treści SIWZ,
 - b) zastosowane przez wykonawcę Solaris rozwiązanie powoduje, że oferowany pojazd szynowy nie spełnia jednocześnie powołanego wyżej wymagania Załącznika nr 1 do SIWZ pkt 111.10 ppkt 2a oraz wymagania wprowadzonego odpowiedzią nr 21 z dnia 04.11.2011 r.,
 - c) oferowany przez wykonawcę Solaris tramwaj nie spełnia wymagań

Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 roku w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia w zakresie dopuszczalnych nacisków statycznych osi tramwajów, co równoznaczne jest z nieotrzymaniem homologacji przez tramwaj. Wspomniane regulacje zostały przywołane w Załączniku nr 1 do SIWZ, punkt 1.1. Wymagania podstawowe, lit. c) - Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 roku w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, w tym zwraca uwagę na różnice dotyczące masy wagonu, w tym także poszczególnych wagonów podanej w ofercie od masy obliczonej przez odwołującego PESA na podstawie wszystkich danych z tej oferty. Podniósł także, iż oferowany tramwaj przekracza podane maksymalne dopuszczane naciski równe 100kN;

- d) deklarowany w ofercie wykonawcy Solaris poziom dźwięku mierzony na zewnątrz podczas jazdy przy stałej prędkości 50 km/h, określony przez wykonawcę Solaris na poziomie 74dB, jest w praktyce dla tego typu pojazdu wartością niemożliwą do osiągnięcia. W treści oferty wykonawca Solaris podał więc nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 31 stycznia 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Solaris oraz konsorcjum NEWAG otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 2 lutego 2012 r. (pismem z dnia 1 lutego 2012 r.) wykonawca Solaris przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu PESA i zamawiającemu.

W dniu 3 lutego 2012 r. (pismem z dnia 2 lutego 2012 r.) konsorcjum NEWAG przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu PESA i zamawiającemu.

sygn. akt KIO 208/12

W dniu 30 stycznia 2012 r. (pismem z dnia 27 stycznia 2012 r.) odwołujący Solaris wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w

dniu 30 stycznia 2012 r.) wobec dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp oraz zaniechania przez zamawiającego czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG jako najkorzystniejszej pomimo istniejących przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty tego wykonawcy lub ewentualnie wykluczenie wykonawcy konsorcjum NEWAG z postępowania,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG pomimo istniejących przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty tego wykonawcy,
- 3) zaniechaniu wykluczenia oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG pomimo istniejących przesłanek uzasadniających wykluczenie tego wykonawcy z postępowania,
- 4) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego Solaris, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo istniejących przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia oferty konsorcjum NEWAG lub ewentualnie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 - tekst jednolity), zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez wybór oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG jako najkorzystniejszej pomimo, że złożona oferta winna ulec odrzuceniu ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz.U.64.16.93 ze zmianami), zwaną dalej „k.c.”, poprzez wybór oferty wykonawcy konsorcjum NEWAG jako najkorzystniejszej pomimo, że złożona oferta jest nieważna ponieważ jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty konsorcjum NEWAG jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty konsorcjum NEWAG jako najkorzystniejszej pomimo, że ten wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia,

- 5) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego Solaris jako oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie odwołujący Solaris wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert oraz powtórzenia tych czynności,
- 2) odrzucenie oferty konsorcjum NEWAG,
- 3) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego Solaris,

alternatywnie odwołujący Solaris wniósł o:

- 4) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert oraz powtórzenia tych czynności,
- 5) wykluczenie konsorcjum NEWAG z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 6) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego Solaris,

Nadto odwołujący Solaris wniósł o:

- 7) przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu, w tym dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki pojazdów szynowych na okoliczność czy poziom hałasu w wysokości 65,9 dB mierzony dla tramwaju przy stałej prędkości 50 km/h zgodnie z Działem II Tramwaje Rozdział 1 wymagania ogólne § 3.1 ust. 8.1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. 11.65.344), na które powołuje się SIWZ w Rozdziale XII ust. 2 pkt. f) jest możliwy do osiągnięcia przy obecnym stanie techniki,
- 8) orzeczenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Solaris wskazał m.in., iż deklarowany przez konsorcjum NEWAG poziom dźwięku oferowanego tramwaju mierzony na zewnątrz podczas jazdy przy stałej prędkości 50 km/h wynosi 65,9 dB, z powodu której to deklaracji wykonawca ten uzyskał maksymalną ilość punktów w ramach tego kryterium, tj. 2 pkt. Wskazany przez wykonawcę poziom natężenia dźwięku dla tramwaju w ruchu przy stałej prędkości 50 km/h jest całkowicie nierealistyczny i niemożliwy do osiągnięcia, a przy obecnym stanie techniki wręcz absurdalnie niski.

Powyższe (złożenie oferty przez konsorcjum NEWAG) wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), gdyż wykonawca ten zadeklarował w swej ofercie poziom hałasu tramwaju w wysokości 65,9 dB, co stanowi działanie mające na celu „zafałszowanie” oceny oferty wykonawcy i godzi w zasadę uczciwych praktyk zarówno wobec pozostałych wykonawców,

jak i zamawiającego jako klienta. Takie działanie wykonawcy nakierowane było na uzyskanie przedmiotowego zamówienia - zmierzało do wygrania za wszelką cenę przetargu prowadzonego przez zamawiającego, nawet jeśli w tym celu podano nierealny poziom hałasu, co w istocie stanowiło zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w działalności gospodarczej, godzące w zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący Solaris wskazał także na konieczność odrzucenia oferty konsorcjum NEWAG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Jest oczywiste, że nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów to przede wszystkim jej niezgodność z przepisami kodeksu cywilnego, w tym przepisu art. 387 § 1 k.c, a ponieważ zaoferowane świadczenie jest niemożliwe do wykonania, zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 387 k.c. z uwagi na to, że umowa o świadczenie niemożliwe jest umową nieważną.

A ponadto konsorcjum NEWAG winno zostać wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje co do przedmiotu zamówienia odnoszące się do poziomu hałasu tramwaju.

Konsorcjum NEWAG nie wykazało także spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1.2) SIWZ, który jednoznacznie formułuje wymóg udokumentowania należytego zrealizowania jednego zamówienia polegającego na dostawie co najmniej dwóch tramwajów. Referencje przedstawione przez NEWAG nie wykazują spełnienia przez ten podmiot warunku SIWZ ponieważ odnoszą się do niezrealizowanego jeszcze zamówienia i stanowią tylko o dostawie sześciu sztuk tramwajów.

Pismem z dnia 31 stycznia 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, zwany dalej wykonawcą „PESA”, oraz wykonawca konsorcjum NEWAG otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 2 lutego 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca konsorcjum NEWAG przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu Solaris i zamawiającemu.

W dniu 3 lutego 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PESA przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego Solaris, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu Solaris i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, a także opinię Instytutu Naukowo-Badawczego skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego PESA i odwołującego Solaris w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

sygn. akt 204/12

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Solaris na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz treści SIWZ (rozdział V „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”), ust. 1 pkt 2 wskazał, że „o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczące: (...) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia:

W celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wykonawcy powinni udokumentować należyte zrealizowanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, jednego zamówienia polegającego na dostawie co najmniej dwóch fabrycznie nowych

tramwajów wieloczlunowych, które uzyskały dopuszczenie do eksploatacji (homologacje) w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu 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 przedmiotowego zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie (w formie oryginału) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia”.

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy – zgodnie z rozdziałem VI SIWZ „Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie muszą być dołączone do oferty”, ust. 2 pkt 2 wymagał złożenia „wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, z podaniem przedmiotu i zakresu zamówienia, daty wykonania oraz odbiorców – według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ”.

Wykonawca Solaris w załączeniu do oferty złożył „Wykaz dostaw”, w którym podał dostawę fabrycznie nowych 19 szt. wieloczlunowych tramwajów typu Flexity Outlook C wraz z uzyskaniem homologacji na rzecz SWK Mobil GmbH, ST. Toeniser Str. 124, 47804 Krefeld, jako datę zakończenia dostawy objętej przedmiotowym zleceniem, wskazując „06.12.2010” (str. 44 oferty). Wykonawca ten przedłożył również „List referencyjny” z dnia 25 października 2011 r. (str. 46-47 oferty) wraz z jego tłumaczeniem (str. 48-49 oferty), z treści którego wynika, iż dostawę zrealizowało konsorcjum firm: Bombardier Transportation GmbH z siedzibą w 10785 Berlin, Vossloh Kiep GmbH z siedzibą w 40599 Duesseldorf, a także „oświadczenie o oddaniu zasobów do dyspozycji wykonawcy” z dnia 7 listopada 2011 r. (str. 51 oferty), w którym firma Vossloh Kiep GmbH z siedzibą w 40599 Duesseldorf oświadcza, że odda do dyspozycji wykonawcy Solaris „zasoby niezbędne do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia”.

Pismem z dnia 20 grudnia 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę Solaris do złożenia wyjaśnień m.in. dotyczących złożonego oświadczenia o oddaniu zasobów do dyspozycji wykonawcy przez firmę Vossloh Kiep GmbH, a mianowicie czy firma Vossloh Kiep GmbH będzie brała udział w realizacji zamówienia, a jeżeli tak to w jakim zakresie.

W odpowiedzi na powyższe (pismem z dnia 22 grudnia 2012 r.) wykonawca Solaris wyjaśnił, iż „Vossloh Kiep GmbH oddała Wykonawcy do dyspozycji swoje zasoby zgodnie z uprawnieniem przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności Vossloh Kiep GmbH zobowiązał się do udostępnienia Wykonawcy zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, co zostało wykazane Zamawiającemu w ofercie wykonawcy

(załącznik 05.02 do oferty). (...) Vossloh Kiep GmbH nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca Solaris.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia może powołać się na potencjał innych podmiotów (podmiotów trzecich) dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W przypadku powołania się na potencjał innych podmiotów wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że 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 wykonywaniu zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganego doświadczenia) oparł się na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, tj. firmy Vossloh Kiep GmbH, załączając do oferty zobowiązanie tej firmy (Vossloh Kiep GmbH) o udostępnieniu mu wiedzy i doświadczenia, zawierające jednoznaczne wskazanie, iż zostaną mu udostępnione „zasoby niezbędne do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia”. W ocenie Izby treść złożonego wraz z ofertą oświadczenia wypełnia wszystkie przesłanki uznania go za prawidłowo złożone, a określone w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i następnie zapisane przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Oświadczenie to zostało bowiem złożone na piśmie oraz obejmuje udostępnienie zasobów na cały okres realizacji zamówienia, jak również - wbrew twierdzeniom odwołującego PESA – zostało podpisane przez osoby umocowane do reprezentacji firmy Vossloh Kiep GmbH. Oświadczenie to bowiem podpisali Ulrich Gerhard Lauel i Bernd Flaskamp, ujawnieni w aktualnym odpisie z Rejestru Handlowego – złożonego w wyniku uzupełnienia w dniu 10 stycznia 2012 r. (pismem z dnia 9 stycznia 2012 r.). W złożonym oświadczeniu firma Vossloh Kiep GmbH w sposób wyraźny i jednoznaczny oddaje do dyspozycji swoją wiedzę i doświadczenie, a także *know-how*, wynikające ze świadczenia dostawy wskazanej w wykazie dostaw na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zasoby te – zgodnie z treścią oświadczenia - zostały bowiem oddane wykonawcy Solaris na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Tym samym oświadczenie przedłożone przez wykonawcę Solaris zawiera wszystkie elementy wymagane dla takiego oświadczenia zawarte w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który to przepis czyni przedłożenie takiego oświadczenia wystarczającym dowodem na potwierdzenie faktu dysponowania przez wykonawcę zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. I takie oświadczenie w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie zostało złożone. Dla oceny prawidłowości takiego oświadczenia nie jest konieczne wskazanie zakresu prac, w jakich

zostaną wykorzystane, czy też udostępnione wiedza i doświadczenie. Istotne jest to, że wykonawca Solaris będzie nimi dysponował, zgodnie z oświadczeniem firmy Vossloh Kiep GmbH. Udostępnienie to nastąpi poprzez pełnienie przez firmę Vossloh Kiep GmbH funkcji doradczych i konsultacyjnych. Istotne jest to, że wykonawca Solaris będzie nimi dysponował, zgodnie z oświadczeniem firmy Vossloh Kiep GmbH (pismo wykonawcy Solaris z dnia 29 grudnia 2011 r.).

Dlatego też stwierdzić należy, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczającym jest złożenie stosownego zobowiązania podmiotu trzeciego celem wykazania przez wykonawcę, że podmioty te dysponują faktycznie zasobami, które zobowiązują się udostępnić na okres realizacji zamówienia. Wykonawca Solaris w sposób prawidłowy potwierdził, iż będzie on korzystał z udostępnionych mu zasobów. Tak więc brak jest podstaw do uznania, iż wykonawca ten nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu, jak również wezwania go, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego PESA, który wskazywał, że ze względu na złożoność przedmiotu zamówienia konieczne jest aby w przypadku korzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego podmiot ten brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia stwierdzić należy, że art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze ustawy Pzp wyraźnie uniezależnia prawo powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego od rodzaju stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Podstawę powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich stanowi więc jedynie konieczność udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia, na dowód czego wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, przy czym zobowiązanie to – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - odnosi się do oddania przez podmiot trzeci wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, a z powołanego przepisu absolutnie nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać bądź całość, bądź też jakąś część zamówienia na rzecz wykonawcy realizującego zamówienie w charakterze podwykonawcy. Powyższe nie znajduje żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie różnicuje bowiem zasobów na takie, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz takie, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. Ustawodawca w sposób jednakowy potraktował zasoby podmiotów trzecich, a więc zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich. Tak więc oddanie wiedzy i doświadczenia może odbywać się

zarówno na zasadzie podwykonawstwa, jak i w inny sposób. Powyższe należy wywieść także z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w którym ustawodawca nie posłużył się wprost określeniem „*podwykonawca przy realizacji zamówienia*”, a jedynie „*uczestniczyć przy realizacji zamówienia*”, co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze.

Reasumując stwierdzić należy, iż zarzut odwołującego PESA i w tym zakresie nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Solaris na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” wyspecyfikował wymagania stawiane zamawianym tramwajom, żądając przedłożenia przez wykonawców „w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (...) złożenia w formie papierowej wraz z ofertą:

- 1) ogólnego wizerunku tramwaju,
- 2) rysunku obrazującego wygląd zewnętrzny tramwaju (...) oraz przekroju nadwozia tramwaju pokazującego układ siedzeń i miejsce na wózki (...) oraz rozmieszczenie drzwi,
- 3) przekroju przez oś podłużną tramwaju obrazującego linię podłogi w przestrzeni pasażerskiej (...),
- 4) zwymiarowanego przekroju nadwozia prostopadłego do osi wzdłużnej tramwaju w miejscu, w którym występuje najmniejsza szerokość przejścia między siedzeniami,
- 5) widok wózka napędowego i tocznego (...),
- 6) opisu technicznego części mechanicznej i elektrycznej,
- 7) opisu parametrów technicznych oferowanego tramwaju (zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ”.

Wykonawca Solaris w załączeniu do oferty złożył wymagane dokumenty celem potwierdzenia spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w treści SIWZ, przy czym poza załącznikiem nr 4 „Parametry Techniczne oferowanego tramwaju” (str. 53-56), zawierającym opis parametrów technicznych oferowanego tramwaju pozostałą część oferty, zresztą podobnie jak pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zastrzegł jako zawierające informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący PESA, w zakresie postawionych zarzutów dotyczących niespełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w treści SIWZ na rozprawie w dniu 13 lutego 2012 r. wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego m.in. w zakresie:

- 1) czy pojazd oferowany przez wykonawcę Solaris o takiej konfiguracji i wymiarach, jak wskazano w ofercie tego wykonawcy, będzie spełniał maksymalne niezbędne zapotrzebowanie w zakresie skrajni określone w polskiej normie PN-K 92008,
- 2) czy oferowany przez wykonawcę Solaris pojazd o wymiarach podanych w ofercie tego wykonawcy będzie spełniał wymagania SIWZ w zakresie umiejscowienia wózka inwalidzkiego i dziecięcego,
- 3) czy oferowany przez wykonawcę Solaris pojazd o wskazanej masie własnej wagonu wraz z masą pasażerów oraz motorniczego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury nie przekroczy dopuszczalnych nacisków osi na tor określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 28 stycznia 2011 r. w sprawie zakresu, warunków, terminów i sposobu przeprowadzania badań technicznych tramwajów i trolejbusów oraz jednostek wykonujących te badania oraz rozporządzenie z dnia 2 marca 201 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, dopuściła dowód z opinii Instytutu Naukowo – Badawczego - Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki w Krakowie, Instytutu Pojazdów Szynowych w zakresie podniesionych przez odwołującego PESA.

W maju 2012 r. została sporządzona opinia – opracowanie zawierające odpowiedzi na pytania będące przedmiotem umowy nr UZP/DG/46/12.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż z treści opinii biegłego jednoznacznie wynika, iż w oparciu o treść oferty wykonawcy Solaris, przy uwzględnieniu rozwiązań technicznych, w które mogą być wyposażone analizowane przez biegłego pojazdy „tramwaj oferowany przez firmę Solaris Bus & Coach S.A. zawiera się w skrajni kinematycznej wagonu określonej w normie PN-K-92008” (odpowiedź na ww. pytanie nr 1 (odpowiedź na zadane biegłemu pytanie nr 5) - w treści opinii oznaczone jako 6.5). „(...) rozpatrując wymagania SIWZ oraz informacje zawarte w ofercie Solaris Bus & Coach S.A. stwierdzono, że tramwaj proponowany przez Solaris Bus & Coach S.A. spełnia wymagania dotyczące umiejscowienia wózka inwalidzkiego i dziecięcego” (odpowiedź na ww. pytanie nr 2 (odpowiedź na zadane biegłemu pytanie nr 6) - w treści opinii oznaczone jako 6.6), jak również, że „oferowany tramwaj spełnia wymagania SIWZ w zakresie pytania nr 6.6.” (odpowiedź na ww. pytanie nr 2 (odpowiedź na zadane biegłemu pytanie nr 6) - w treści opinii oznaczone jako 6.6) i „na podstawie zawartych w ofercie danych i przeprowadzonych symulacji można stwierdzić, że

maksymalny nacisk statyczny na oś tramwaju oferowanego przez firmę Solaris Bus & Coach S.A. wynosi maksymalnie 100 [kN]" (odpowiedź na ww. pytanie nr 3 (odpowiedź na zadane biegłemu pytanie nr 7) - w treści opinii oznaczone jako 6.7). Tym samym stwierdzić należy, iż zarzuty odwołującego PESA dotyczące niespełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w treści SIWZ ("Opis przedmiotu zamówienia") przez tramwaj zaoferowany przez wykonawcę Solaris nie potwierdziły się. Odwołujący PESA nie przedstawił bowiem żadnych dowodów potwierdzających zasadność podniesionych przez niego zarzutów, w tym także podważających sporządzoną opinię. Natomiast dopuszczony przez Izbę dowód (z opinii Instytutu Naukowo – Badawczego) przeprowadzony został m.in. na wniosek tego wykonawcy (w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Solaris) i – jak wynika z opinii biegłego – przy zastosowaniu takich metod jakie były możliwe do zastosowania w oparciu o przedłożoną mu dokumentację postępowania, w tym o określoną treść oferty wykonawcy Solaris, a wymaganą jedynie w takim zakresie przez zamawiającego. Rozwiązania jakie zostaną zastosowane przez wykonawcę Solaris w zaoferowanym przez tego wykonawcę pojeździe, zresztą podobnie jak w ofertach innych wykonawców, zostały bowiem w tej części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, przy czym były znane sporządzającemu opinię. Zarzuty odwołującego PESA są więc jedynie niczym nie popartymi przypuszczeniami. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Solaris na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” wyspecyfikował wymagania stawiane zamawianym tramwajom, żądając przedłożenia przez wykonawców „w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (...) złożenia w formie papierowej wraz z ofertą:

- 1) ogólnego wizerunku tramwaju,
- 2) rysunku obrazującego wygląd zewnętrzny tramwaju (...) oraz przekroju nadwozia tramwaju pokazującego układ siedzeń i miejsce na wózki (...) oraz rozmieszczenie drzwi,
- 3) przekroju przez oś podłużną tramwaju obrazującego linię podłogi w przestrzeni pasażerskiej (...),
- 4) zwymiarowanego przekroju nadwozia prostopadłego do osi wzdłużnej tramwaju w miejscu, w którym występuje najmniejsza szerokość przejścia między siedzeniami,
- 5) widok wózka napędowego i tocznego (...),
- 6) opisu technicznego części mechanicznej i elektrycznej,

- 7) opisu parametrów technicznych oferowanego tramwaju (zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ”, w którym w poz. 3.6., zawartej w nim tabeli należało podać „Poziom dźwięku A (mierzony na zewnątrz podczas jazdy przy stałej prędkości 50 km/h (w dB))”.

Jednocześnie w rozdziale XII SIWZ „Opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny ofert” jako jedno z kryteriów zamawiający podał „parametry techniczne – waga 35%”, w ramach których oceniany był m.in. „poziom hałasu (mierzony przy stałej prędkości 50 k/h zgodnie z Działem II Tramwaje Rozdział 1 wymagania ogólne § 3.1) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia) – 2 pkt”, a w ramach którego wyspecyfikowano sposób przyznania punktów

Wykonawca Solaris w załączeniu do oferty złożył wymagane dokumenty celem potwierdzenia spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w treści SIWZ, przy czym poza załącznikiem nr 4 „Parametry Techniczne oferowanego tramwaju” (str. 53-56), zawierającym opis parametrów technicznych oferowanego tramwaju pozostałą część oferty, zresztą podobnie jak pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zastrzegł jako zawierającą informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W załączniku nr 4 „Parametry Techniczne oferowanego tramwaju” pod pozycją 3.6., dotyczącą poziomu dźwięku A podał „74 dB”.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, dopuściła dowód z opinii Instytutu Naukowo – Badawczego - Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki w Krakowie, Instytutu Pojazdów Szynowych.

W maju 2012 r. została sporządzona opinia – opracowanie zawierające odpowiedzi na pytania będące przedmiotem umowy nr UZP/DG/46/12, w tym odpowiedź na pytanie „czy poziom hałasu w wysokości 74 dB mierzony dla tramwaju o stałej prędkości 50 km/h w świetle danych zawartych w treści oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w miejscowości Owińska, z uwzględnieniem Programu Funkcjonalno-Użytkowego PFU, przepisów prawa oraz treści SIWZ jest możliwy do osiągnięcia (zadane biegłemu pytanie nr 4)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Powyższe wymaga więc ustalenia w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. Informacja nieprawdziwa to bowiem taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i niezgodność ta nie budzi żadnych wątpliwości. Informacją nieprawdziwą – jak podniósł odwołujący PESA – jest podanie przez

wykonawcę Solaris poziomu dźwięku A na poziomie 74 dB, który jest - w ocenie odwołującego PESA – „w praktyce dla tego typu pojazdu wartością niemożliwą do osiągnięcia”. Tymczasem z treści opinii biegłego (Instytutu Naukowo – Badawczego - Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki w Krakowie, Instytutu Pojazdów Szynowych) jednoznacznie wynika, iż „na podstawie analizy oferty wykonawcy SOLARIS Bus & Coach S.A., wymogów przedstawionych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, informacji zawartych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym oraz literaturze przedmiotu (wyniki opracowań naukowych, raportów badawczych), stwierdzono, że deklarowany przez Wykonawcę SOLARIS Bus & Coach S.A., poziom dźwięku 74 dB A, emitowany przy stałej prędkości tramwaju 50 km/h jest możliwy do osiągnięcia, w wymaganych aktami prawnymi warunkach” (odpowiedź na ww. pytanie (odpowiedź na zadane biegłemu pytanie nr 4) - w treści opinii oznaczone jako 6.4). Potwierdzeniem tego, a więc okoliczności, że współczesne tramwaje emitują poziom dźwięku na zaoferowanym przez wykonawcę Solaris poziomie są również złożone do akt sprawy opinie prywatne. I tak Instytut Pojazdów Politechniki Warszawskiej, Wydział Samochodów i Maszyn Roboczych w opracowaniu „Możliwości techniczne redukcji poziomu hałasu generowanego przez tramwaj” z dnia 30 stycznia 2012 r. stwierdza, że „z badań własnych wynika, że pojazdy (...) emitują (...) tramwajowe ok. 70 – 85 dB” (str. 3 opracowania), w końcowych wnioskach wskazując, iż „4. Głośność współczesnych tramwajów określona w tych warunkach zawiera się w przedziale 74-80 dB” oraz „6. Dostępne modele obliczeniowe, zweryfikowane doświadczalnie wskazują, że tramwaj będzie emitował hałas o poziomie nie mniejszym niż 71 dB (A) przy 50 km/h mierzony według wytycznych prezentowanego Rozporządzenia Ministra Infrastruktury, przy przejeździe nawet po torach w bardzo dobrym stanie i przy zastosowaniu rozwiązań redukujących hałas samego tramwaju, opisanych w punkcie 7 niniejszej ekspertyzy, możliwych przy obecnym stanie techniki” (str. 16 opracowania). Także z treści opinii Zakładu Usług Technicznych Rady Stołecznej NOT z dnia 8 lutego 2012 r. pt. „Czy na podstawie doświadczenia i wiedzy o obecnym stanie techniki jest możliwe uzyskanie poziomu hałasu tramwaju w ruchu poniżej 70 dB (A) wg pomiarów zgodnych z § 3.1 ust. 8.1. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U., nr 65, poz. 344)” wynika, że „przy aktualnym stanie współczesnej techniki nie jest możliwym uzyskanie poziomu hałasu dla poruszającego się tramwaju, w warunkach pomiarowych określonych w przytoczonym wyżej rozporządzeniu, na poziomie mniejszym niż $L = 70$ dB”, a co oznacza, że możliwym jest osiągnięcie poziomu dźwięku na poziomie 74 dB, a więc na poziomie zadeklarowanym przez wykonawcę Solaris. Dowód z opinii Instytutu Naukowo – Badawczego nie pozostaje bowiem w sprzeczności z przedłożonymi do akt sprawy opiniami prywatnymi. Wszystkie zacytowane opinie jako dopuszczalną na obecnym poziomie nauki granicę poziomu dźwięku (A) jaki

może osiągnąć tramwaj określają na poziomie 70 dB, 74 dB i więcej dB. Powyższe nie pozostaje również w sprzeczności z informacjami pochodzącymi z Ministerstwa Transportu, Budownictwa i Gospodarki Miejskiej, które w przedłożonych pismach odnosi się jedynie do wyników badań homologacyjnych uzyskanych przez tramwaje, które dotychczas (2005-2011) zostały poddane takim badaniom i nie stanowi stanowiska co do istnienia takiej możliwości. Również sam wykonawca Solaris wyjaśnił w złożonym w dniu 10 lutego 2012 r. piśmie procesowym jakie czynniki spowodują osiągnięcie deklarowanego parametru przez oferowany przez niego tramwaj, podając iż będą to m.in.: specjalnie przystosowany system zawieszenia; specjalne materiały głusząco-tłumiące w obrębie podwozia, wózków ścian i dachu takie jak wełna mineralna i pianki głuszące; smarowanie obrzeży kół specjalnym olejem biodegradowalnym; jak również takie skonfigurowanie pojazdu, które w maksymalny sposób ograniczy ilość połączeń ciernych między nadwoziami oraz między wózkami a nadwoziami.

W świetle powyższego brak jest podstaw do uznania, że zaoferowany przez wykonawcę Solaris poziom dźwięku (A) na poziomie 74 dB nie jest możliwy do osiągnięcia, a tym samym postawienia temu wykonawcy zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji.

sygn. akt KIO 204/12 i KIO 208/12

Zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum NEWAG na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się. (zarzut podniesiony w obu odwołaniach)

Izba ustaliła, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz treści SIWZ (rozdział V „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”), ust. 1 pkt 2 wskazał, że „o udzielnie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczące: (...) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia:

W celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wykonawcy powinni udokumentować należyte zrealizowanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, jednego zamówienia polegającego na dostawie co najmniej dwóch fabrycznie nowych tramwajów wieloczlonowych, które uzyskały dopuszczenie do eksploatacji (homologacje) w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu 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 przedmiotowego zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu

pisemne zobowiązanie (w formie oryginału) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia”.

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy – zgodnie z rozdziałem VI SIWZ „Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie muszą być dołączone do oferty”, ust. 2 pkt 2 wymagał złożenia „wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, z podaniem przedmiotu i zakresu zamówienia, daty wykonania oraz odbiorców – według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ”.

Wykonawca NEWAG w załączeniu do oferty złożył „Wykaz dostaw”, w którym podał dostawę 6 szt. tramwajów „Tramwaj Moderus Beta MF 02 AC Tramwaj trójczłonowy, posiadający świadectwo homologacji PL*0034*00/T wystawione przez Ministerstwo Infrastruktury Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 28 kwietnia 2011 r.” zrealizowane na rzecz „Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Spółka z o.o. ul. Głogowska 131/133 60-244 Poznań”, jako datę zakończenia dostawy objętej przedmiotowym zleceniem wskazując „21.10.2011” (str. 5 oferty). Wykonawca ten przedłożył również referencje z dnia 15 listopada 2011 r.(str. 6 oferty), z treści których wynika, że „Modertrans Sp. z o.o. (...) w okresie od maja do października 2011 roku zrealizowała (...) dostawę 6 sztuk fabrycznie nowych, wielocłonowych tramwajów Moderus Beta MF 02 AC”.

Odwołujący PESA, jak i odwołujący Solaris podnieśli, iż konsorcjum NEWAG nie może się legitymować tą dostawą, gdyż dostawa ta objęta jest zamówieniem – umową, obowiązującą w okresie od dnia „01.03.2010r. do dnia 31.03.2014 r.”, a dostarczone tramwaje są jedynie fragmentem zamówienia objętego ww. umową.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający w treści postawionego warunku odniósł jego spełnienie do konieczności udokumentowania zrealizowania „jednego zamówienia”. Natomiast w tabeli znajdującej się w załączniku nr 3 „Wykaz dostaw wykonanych przez wykonawców”, odnosząc jego spełnienie do „dostawy objętej zleceniem”, jak również żądając podania „zleceniodawcy”, nie doprecyzowując jednocześnie ani w postawionym warunku, ani też w żądanym wykazie czy dana dostawa wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma być utożsamiana z jedną konkretną umową, czy też ma stanowić całość realizowanego świadczenia dla danego zamawiającego, niezależnie od liczby zawartych umów. W niniejszym stanie faktycznym dostawa wykazana przez konsorcjum NEWAG jest zadaniem realizowanym w ramach kilku umów - zleceń, a nie wyłącznie jednej umowy. Każda umowa – jak podniósł to przystępujący NEWAG - jest kształtowana indywidualnie i stanowi odrębną umowę. Umowa zawarta ze zleceniodawcą

dostaw ma więc charakter umowy ramowej, jednak faktycznie umową ramową nie jest. Jest to umowa, która faktycznie zobowiązuje firmę Modertrans Poznań Sp. z o.o. do dostawy określonej ilości tramwajów, jednak nie daje gwarancji jej wykonania w całości. Wykonywane są bowiem poszczególne zlecenia w ramach odrębnych umów, a każda taka umowa określa ilość dostarczanych tramwajów, warunki techniczne oraz ich cenę. Okazana Izbie na rozprawie umowa (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) istotnie ma charakter umowy ramowej i przewiduje jej realizację w sposób podany przez konsorcjum NEWAG, a więc w ramach odrębnych umów - zleceń. Potwierdzeniem powyższego są także protokoły odbioru, dotyczące każdej dostawy zrealizowanej na podstawie takiej odrębnej umowy – zlecenia. Tym samym brak jest podstaw do uznania wobec określonej treści SIWZ, iż konsorcjum NEWAG nie mogło posłużyć się dostawami, na które się powołało celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i stwierdzenia, iż wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy NEWAG na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się. (zarzut podniesiony w obu odwołaniach)

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” wyspecyfikował wymagania stawiane zamawianym tramwajom, żądając przedłożenia przez wykonawców „w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (...) złożenia w formie papierowej wraz z ofertą:

- 1) ogólnego wizerunku tramwaju,
- 2) rysunku obrazującego wygląd zewnętrzny tramwaju (...) oraz przekroju nadwozia tramwaju pokazującego układ siedzeń i miejsce na wózki (...) oraz rozmieszczenie drzwi,
- 3) przekroju przez oś podłużną tramwaju obrazującego linię podłogi w przestrzeni pasażerskiej (...),
- 4) zwymiarowanego przekroju nadwozia prostopadłego do osi wzdłużnej tramwaju w miejscu, w którym występuje najmniejsza szerokość przejścia między siedzeniami,
- 5) widok wózka napędowego i tocznego (...),
- 6) opisu technicznego części mechanicznej i elektrycznej,
- 7) opisu parametrów technicznych oferowanego tramwaju (zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ”, w którym w poz. 3.6., zawartej w nim tabeli należało podać „Poziom dźwięku A (mierzony na zewnątrz podczas jazdy przy stałej prędkości 50 km/h (w dB).

Jednocześnie w rozdziale XII SIWZ „Opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny ofert” jako jedno z kryteriów zamawiający podał „parametry techniczne – waga 35%”, w ramach których oceniany był m.in. „poziom hałasu (mierzony przy stałej prędkości 50 k/h

zgodnie z Działem II Tramwaje Rozdział 1 wymagania ogólne § 3.1) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia) – 2 pkt”, a w ramach którego wyspecyfikowano sposób przyznania punktów

Wykonawca NEWAG w załączniku nr 4 „Parametry Techniczne oferowanego tramwaju” pod pozycją 3.6., dotyczącą poziomu dźwięku A podał „65,9 dB”.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, dopuściła dowód z opinii Instytutu Naukowo – Badawczego - Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki w Krakowie, Instytutu Pojazdów Szynowych.

W maju 2012 r. została sporządzona opinia – opracowanie zawierające odpowiedzi na pytania będące przedmiotem umowy nr UZP/DG/46/12, w tym odpowiedź na pytanie

- 1) czy poziom hałasu w wysokości 65,9 dB mierzony dla tramwaju o stałej prędkości 50 km/h w świetle danych zawartych w treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (lider) i MODERTRANS Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z uwzględnieniem Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), przepisów prawa oraz treści SIWZ jest możliwy do osiągnięcia,
- 2) czy możliwe jest osiągnięcie deklarowanej przez wykonawcę głośności podczas eksploatacji oraz czy definitywnie można wykluczyć uzyskanie takiej wielkości poziomu hałasu, która została zadeklarowana w ofercie, a jeżeli nie, to dlaczego,

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Powyższe wymaga więc ustalenia w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż istotnie dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. Informacja nieprawdziwa to bowiem taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i niezgodność ta nie budzi żadnych wątpliwości. Informacją nieprawdziwą – jak podniósł odwołujący PESA i odwołujący Solaris – jest podanie przez konsorcjum NEWAG poziomu dźwięku A na poziomie 65,9 dB, który jest - w ocenie odwołujących – wartością niemożliwą do osiągnięcia. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym okoliczność ta w sposób nie budzący żadnych wątpliwości nie została udowodniona. Dla stwierdzenia złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji koniecznym jest bowiem ich udowodnienie, a nie tylko uprawdopodobnienie. W treści opinii biegły wskazał, iż „deklarowany przez wykonawcę poziom dźwięku 65,9 dB, emitowany przez oferowany tramwaj dla stałej prędkości 50 km/h, w wymaganych aktami prawnymi warunkach, odbiega od poziomu dźwięku A, emitowanych przez eksploatowane współczesne tramwaje niskopodłogowe” (odpowiedź na ww. pytanie nr 1 i 2 (odpowiedź na

zadane biegłemu pytanie nr 2 i nr 3) - w treści opinii oznaczone jako 6.2 i 6.3), podnosząc, iż zaoferowany przez konsorcjum NEWAG poziom dźwięku „jest nierealny do osiągnięcia przy zastosowaniu pasywnych metod tłumienia hałasu”, jednocześnie nie wykluczając jego osiągnięcia „w innych aplikacjach technicznych (...) aktywne systemy redukcji hałasu, które hipotetycznie mogłyby zapewnić osiągnięcie deklarowanego poziomu dźwięku” (str. 26 opracowania – opinii biegłego). Nadto biegły, udzielając na rozprawie odpowiedzi na pytania stron i przystępującego stwierdził także, iż „biorąc pod uwagę względy logiki i racjonalnego rozumowania (...) jest ciągły postęp w tej dziedzinie i nie jest to niemożliwe, ale konieczne jest wówczas zastosowanie dużych środków finansowych”, jak i iż „taki system nie został zastosowany, ale potencjalnie może powstać”. Tym samym nie wykluczając możliwości powstania tramwaju o takim, jak zaoferowany poziom dźwięku, zwłaszcza że w oparciu o dane zawarte w SIWZ i ofercie tego konsorcjum NEWAG – jak podniósł dalej biegły – „nie można jednoznacznie określić poziomu hałasu, ale z dużym prawdopodobieństwem”, gdyż „bez modelu numerycznego jest to trudne do zrobienia (...)” i „może dawać wynik z błędem”. Jednocześnie nie wykluczył możliwości osiągnięcia takich parametrów przez pojazd, który zostanie dopiero zaprojektowany.

A ponadto przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych pociągów tramwajowych niskopodłogowych dwukierunkowych o pojemności ok. 200 pasażerów, a więc dostawa obejmująca zaprojektowanie i następnie dostawę pojazdów o określonych przez zamawiającego parametrach. Przedmiotem zamówienia jest więc prototyp, pojazd, który zostanie zaprojektowany pod potrzeby tego konkretnego zamawiającego i zgodnie z jego wymogami określonymi w „Opisie Przedmiotu Zamówienia”.

Wobec stałego postępu nauki i podnoszoną przez zamawiającego okoliczność, iż biegły posługiwał się nieostryimi sformułowaniami „prawdopodobnie” lub „nieprawdopodobnie” nie można jednoznacznie przyjąć, iż ten parametr nie zostanie osiągnięty w pojazdach zaoferowanych przez konsorcjum NEWAG. Osiągnięcie tego parametru będzie bowiem – jak mówił - „trudne” ale „prawdopodobne”. Świadczy o tym również prywatna opinia sporządzona przez Inter – Eko Sp. z o.o. Centrum konsultingowo – wdrożeniowe, w treści której wskazano, iż „na podstawie przeprowadzonej analizy dotyczącej możliwości obniżenia całkowitego poziomu hałasu na zewnątrz pojazdu tramwajowego (wyznaczonego zgodnie z normą PN-EN ISO 3095:2005) [3] stwierdzamy, że w obecnym stanie techniki, jest możliwe skonstruowanie systemu składającego się z podtorza, torów oraz pojazdu tramwajowego, którego emisja dźwięku A do środowiska nie przekroczy 70 dB”. Istnieje bowiem szereg czynników, które powodują obniżenie poziomu hałasu, tym samym przewidując możliwość uzyskania tego parametru na zdecydowanie niższym poziomie. Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał złożenia żadnych dokumentów na potwierdzenie spełnienia postawionych przez niego wymogów, w tym

wymogu dotyczącego poziomu dźwięku. Obecnie nie mógł więc tego badać i kwestionować. Tym bardziej, że w ofercie konsorcjum NEWAG, brak jest danych pozwalających na ustalenie jakiego sposobu dany wykonawca użyje dla tłumienia hałasu. Deklaracja ta (co do poziomu dźwięku) – jak podniósł konsorcjum NEWAG na rozprawie - oparta jest na specjalnych rozwiązaniach technicznych, które zastosuje on w oferowanym zamawiającemu pojeździe.

Kwestionowany parametr (poziom dźwięku) stanowił także jedno kryteriów oceny ofert. Dlatego też – jak podniósł zamawiający - podał on w SIWZ w jaki sposób będzie przyznawał punkty w tym kryterium, jako dolną granicę poziomu dźwięku, wskazując 64 - 67 dB o wadze 2 punktów i żaden z wykonawców na wcześniejszym etapie postępowania nie kwestionował tych postanowień. Kryterium to, a co za tym idzie deklarowany przez wykonawców poziom dźwięku, ma zasadnicze znaczenie dla zamawiającego, który dąży do zminimalizowania hałasu w mieście.

Mając na uwadze powyższe, w tym brak dowodu jednoznacznie stwierdzającego niemożność osiągnięcia poziomu dźwięku na poziomie zadeklarowanym przez konsorcjum NEWAG brak jest podstaw do uznania, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje.

W kontekście powyższego brak jest podstaw do uznania, iż konsorcjum NEWAG dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący Solaris nie wykazał bowiem spełnienia przesłanek zaistnienia takiego czynu, zarzut ten opierając na rzekomo złożonych przez konsorcjum NEWAG nieprawdziwych informacjach a ciężar dowodu – zgodnie z art. 6 k.c. – spoczywał na odwołującym Solaris.

Wobec powyższego, na tym etapie postępowania, nie można też mówić o niemożliwości świadczenia. Natomiast to zamawiający zobowiązany będzie na etapie odbioru tramwajów sprawdzić czy ów sporny parametr dotyczący poziomu dźwięku został przez konsorcjum NEWAG spełniony, gdyż rzeczywiście w sytuacji, gdy temu parametrowi zamawiający nadał tak szczególną rangę, stanowi on istotny element umowy i jego niespełnienie winno skutkować nieważnością umowy.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych przez odwołujących: PESA i Solaris we wniesionych odwołaniach.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony oraz uczestników postępowania, uznając je za stanowisko je składających, jak również Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, dopuściła dowód z opinii Instytutu Naukowo – Badawczego - Politechniki Krakowskiej, Instytutu Pojazdów Szynowych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

