

Sygn. akt: KIO 1472/14

WYROK

z dnia 1 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Przemysław Dzierzędzki
Marek Koleśników

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2014r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2014r. przez **odwołującego:** H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 60-965 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Tramwaje Śląskie S.A. ul. Inwalidzka 5; 41-506 Chorzów

przy udziale wykonawcy Modertrans Poznań Sp. z o.o. ul. Forteczna 2, 61-362 Poznań zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. w zakresie doświadczenia zawodowego oraz w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp w zakresie wyjaśnienia punktu 4.12. zał. nr 9 Tabelaryczne zestawienie parametrów technicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Tramwaje Śląskie S.A. ul. Inwalidzka 5; 41-506 Chorzów
i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 60-965 Poznań tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Tramwaje Śląskie S.A. ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów na rzecz H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 60-965 Poznań kwotę 18600 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest zamówieniem sektorowym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem zamówienia 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, którym jest H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) – dalej zwanej „Ustawą”, wniósł odwołanie od czynności:

1) wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty pismem z dnia 16 lipca 2014 roku;

2) wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy pismem z dnia 8 lipca 2014 roku oraz pismem z dnia 11 lipca 2014 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez wybór oferty złożonej przez Modertrans Poznań Sp. z o.o. przystępującego po stronie zamawiającego mimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;

2)art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 38 ust. 4 Ustawy - poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

3)art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy -

poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ);
4) art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 oraz 38 ust. 4 Ustawy - poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, mimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, czynności odrzucenia jego oferty, czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz nakazanie Zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego i wyboru jego oferty,

2) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego Ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena a oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

Wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie niniejszego zamówienia są dwie firmy.

Cena oferty Odwołującego to 51.399.240,00 zł brutto, z kolei cena oferty Przystępującego w sprawie to 58.302.000,00 zł brutto. W przypadku uwzględnienia odwołania - oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza i uzyskałby on zamówienie.

W dniu 8 oraz 11 lipca 2014 roku, Odwołujący otrzymał wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia zostało doręczone Odwołującemu w dniu 16 lipca 2014 roku.

Zatem odwołujący stwierdza, że odwołanie jest wniesione w terminie.

Kopia odwołania przesłał Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający stwierdził, że „w pkt 2.5 opisu przedmiotu zamówienia zażądał spełnienia przez oferowany wagon wymogów skrajni budowli zdefiniowanych w normie PN-K-92009. Analiza informacji zawartych w tabelarycznym zestawieniu parametrów technicznych (załącznik nr 9 do oferty) wykazała w punkcie 4.12, że najniższy punkt tramwaju nad główką szyny, przy maksymalnym obciążeniu, zużyciu obręczy kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia wynosi 18 mm. Przytoczona powyżej Polska Norma natomiast określa, iż minimalna dopuszczalna wartość wynosi 30 mm. W związku z tym oferowany przez ww. Wykonawcę wagon tramwajowy nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest całkowicie bezpodstawne. W poz. 4.12 załącznika nr 9 do SIWZ, Zamawiający w kolumnie „parametr - dane statyczne” wpisał „najniższy punkt tramwaju nad pgs przy maksymalnym obciążeniu, zużyciu kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia”. W kolumnie „wartość parametru” obowiązkiem Odwołującego było wskazanie odpowiedniej wartości. Wykonawca wpisał wartość „18 mm” - jednocześnie jest to wartość w pełni zgodna z normami PN-K-92008 i PN-K-92009, jak i opisem w kolumnie „parametr - dane statyczne” załącznika nr 9 do SIWZ.

Sposób opisu w kolumnie „parametr - dane statyczne” wskazuje jednoznacznie, iż Zamawiającemu chodziło o podanie najniższego punktu tramwaju nad pgs przy maksymalnym obciążeniu, zużyciu kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia.

Spełniając zapisy występujące w Opisie Przedmiotu Zamówienia (punkt 2.5) Odwołujący oświadczył - zgodnie z Załącznikiem 8 do SIWZ, że spełnia wymagania Zamawiającego związane ze skrajnią wagonu tramwajowego.

Odwołujący wpisując wymiar „18mm” w poz. 4.12 załącznika nr 9 do SIWZ określił najniższy punkt tramwaju od pgs (poziomu główki szyny) występujący przy: maksymalnym obciążeniu, zużyciu obręczy kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia. Do najniżej położonych części pojazdu (oprócz kół jezdnych) w tym

przypadku należą: dolne płaszczyzny płóz hamulca szynowego i najniżej położone elementy zespołu odgarniacza (są to te elementy, które mają za zadanie chronić przed uszkodzeniami dysze piasecznic), których to elementów odgarniacza dotyczy powyższy wymiar. Należy nadmienić, że wysokość tych elementów jest regulowana w zależności od stopnia zużycia obręczy i warunków eksploatacji pojazdu. Zabudowa ww. elementów spełnia wymagania normy PN-K-92008 (Skrajnia kinematyczna wagonów tramwajowych).

Miejsce występowania powyższych elementów zabudowanych w pojeździe 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 tym również w obszarze konturu występującego na poziomie geodezyjnej płaszczyzny główek szyn (tj. w odległości od 650 do 850mm od osi toru na każdą stronę), w którym to wymiar 30 mm (powyżej przytoczony przez Zmawiającego) nie jest obowiązujący.

W związku z powyższym wartość 18 mm podana przez Odwołującego nie jest w takich warunkach sprzeczna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Powyższe stanowisko potwierdza załączona opinia Instytutu Pojazdów

Szynowych „TABOR” w Poznaniu w sprawie odrzucenia oferty Fabryki Pojazdów Szynowych H. Cegielski dotyczącej niespełnienia wymagań normy PN-K-92009 - Skrajnia budowli (pismo nr TW/125/07/14).

Reasumując, oferta Odwołującego jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

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. Zamawiający mógł także wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy, czego również 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.

II.

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, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, 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 powyższego warunku, Zamawiający zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 pkt. 2.1 SIWZ. żądał przedłożenia wraz z ofertą „wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 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 - 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 nr6a),

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).

III.

Zamawiający w dniu 8 lipca 2014 roku wezwał Odwołującego „o przedstawienie dokumentów, z których jednoznacznie będzie wynikało, że ODBIORCY DOSTAW otrzymali wagony od Wykonawcy „Dom Handlowy UKWZ-Ukraina” (tj. wykonawcy oddającego do dyspozycji „H. Cegielskiemu - Fabryce Pojazdów Szynowych” swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia) / byli odbiorcami nowego wagonu, który został dopuszczony przez nich do eksploatacji. Tylko bowiem dostawę wagonu dopuszczonego do użytkowania czyli posiadającego wymagane prawem homologacje. Zamawiający uzna za spełniającą warunki udziału w niniejszym postępowaniu, określone przez SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 lipca 2014 roku (załącznik nr 7), Odwołujący wezwał Zamawiającego do niezwłocznego unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy ze względu na to, że jest ona sprzeczna z przepisami Ustawy (załącznik nr 8).

W piśmie tym, Odwołujący podkreślił, że przedłożony przez niego do oferty z dnia 16 czerwca 2014 roku wykaz wykonanych dostaw wraz z dowodami poświadczającymi, że dostawy zostały wykonane należycie, potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z treścią SIWZ.

Zamawiający, wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, zmienił warunek udziału w postępowaniu oraz zażądał innych dokumentów niż te, które zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Zmiana polegała na żądaniu „dokumentów, z których jednoznacznie będzie wynikało, że ODBIORCY DOSTAW otrzymali wagony od Wykonawcy „Dom Handlowy UKWZ-Ukraina” (tj. wykonawcy oddającego do dyspozycji „H.Cegielskiemu - Fabryce

Pojazdów Szynowych” swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia) i byli odbiorcami nowego wagonu, który został dopuszczony przez nich do eksploatacji. Tylko bowiem dostawę wagonu dopuszczonego do użytkowania. czyli posiadającego wymagane prawem homologacje, Zamawiający uzna za spełniającą warunki udziału w niniejszym postępowaniu, określone przez SIWZ”.

Jakiegokolwiek zmiany, m.in. w zakresie warunków i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowania, zgodnie z brzmieniem art. 38 ust. 4 Ustawy, są dopuszczalne jedynie przed upływem terminu składania ofert. IV.

W odpowiedzi na pismo Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 11 lipca 2014 roku (załącznik nr 9) stwierdził „. . . że nie unieważnia czynności polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu...”.

Jednocześnie wezwał Odwołującego do uzupełnienia „dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy nowych wagonów tramwajowych”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący wskazał, że załączone przez niego do wykazu wykonanych dostaw, dokumenty potwierdzają należyte ich wykonanie (załącznik nr 10).

Pismem z dnia 16 lipca 2014 roku, Zamawiający wykluczył na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy Odwołującego z udziału w postępowaniu, zarzucając mu, że „nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw trzech nowych wagonów tramwajowych. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że „Z przedstawionych dokumentów jednoznacznie nie wynika, że odbiorcy dostaw otrzymali wagony od wykonawcy „Dom Handlowy UKWZ-Ukraina” (tj. wykonawcy oddającego do dyspozycji „H. Cegielskiemu - Fabryce Pojazdów Szynowych” swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia) tj. byli odbiorcami nowych dopuszczonych do użytkowania wagonów. ”

Odwołujący, w wykazie wykonanych dostaw wskazał, że podmiot, na którego doświadczenie się powołuje, 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).

Z kolei sformułowania użyte w dokumentach wykazanych na potwierdzenia należytego wykonania dostaw (załącznik nr 6a, 6b i 6c) w sposób jednoznaczny wskazują na należyte wykonanie dostaw i świadczą o pozytywnej i aprobującej ocenie wykonania dostaw przez ich odbiorcę.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że przedmiot dostawy nie musi być szczegółowo opisany w dokumentach na potwierdzenie ich należytego wykonania.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 pkt. 2.1. SIWZ oraz zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3) 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) są one składane na potwierdzenie należytego wykonania dostaw. Nie muszą one zawierać pełnego opisu przedmiotu dostawy.

Informacja na temat tego, że przedmiotem dostawy były nowe tramwaje została zawarta w wykazie wykonanych dostaw.

Zamawiający stwierdził „Z przedstawionych dokumentów jednoznacznie nie wynika, że odbiorcy dostaw otrzymali wagony od wykonawcy „Dom Handlowy UKWZ-Ukraina” (tj. wykonawcy oddającego do dyspozycji „H. Cegielskiemu-Fabryce Pojazdów Szynowych” swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia) tj byli odbiorcami nowych dopuszczonych do użytkowania wagonów'.

Z kolei Odwołujący wskazuje, że „dopuszczenie do użytkowania” nie było zawarte w treści warunku udziału w postępowaniu, w związku z tym działaniem Zamawiającego jest zmianą warunku udziału w postępowaniu.

Działanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie szeregu przepisów ustawy.

Przede wszystkim, Zamawiający wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu (a wcześniej wzywając go do uzupełnienia dokumentów) naruszył art. 26 ust. 3 Ustawy, ponieważ Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i przedstawił wszystkie wymagane dokumenty i oświadczenia.

Zmieniając treść warunku na etapie po otwarciu ofert, Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4 Ustawy.

Działanie Zamawiającego narusza także zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy.

W konsekwencji brak było podstawy do zastosowania w stosunku do Odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

Odwołujący wskazuje także, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający wzywa wykonawców do uzupełnienia dokumentów *„chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu*

Jeżeli Zamawiający uważał - z czym Odwołujący się nie zgadza - że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona, to nie miał prawa wzywać go do uzupełnienia dokumentów ani też wykluczyć z udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i w związku z tym wybór oferty złożonej przez przystępującego stanowi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Ustawy „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Zamawiający, wybierając ofertę Wykonawcy przystępującego, naruszył powyższy przepis. Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł jak we wstępie odwołania. Odwołujący na potwierdzenie argumentów przedstawionych w odwołaniu załączył do pisma następujące dokumenty: Wykaz wykonanych dostaw; informacja z dnia 22 maja 2014r. nr 670 wraz z tłumaczeniem; opinia nr 21 z dnia 16 maja 2012. wraz z tłumaczeniem; wezwanie z dnia 8 lipca 2014r.; odpowiedź odwołującego z dnia 10 lipca 2014r na wezwanie.; wezwanie z dnia 11 lipca 2014r.; odpowiedź odwołującego z dnia 14 lipca 2014r, na wezwanie; opinia Instytutu Pojazdów Szynowych „TABOR” w Poznaniu z dnia 17 lipca 2014r.

Pismem z dnia 29 lipca 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania. Uzasadniając wykluczenie zamawiający stwierdził. W niniejszym postępowaniu odwołujący złożył ofertę, w której powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, Domu Handlowego UKWZ-Ukraina Sp. z o. o. z siedzibą w Kijowie. Z załączonego wykazu wykonanych dostaw wynika, że udostępniająca swój potencjał spółka prawa ukraińskiego wykonała w ciągu ostatnich 3 lat 3 dostawy za każdym razem jednego nowego wagonu tramwajowego model 71-623 (dowód: załącznik nr 5 do oferty). Na potwierdzenie, że dostawy zostały wykonane należycie, wykonawca przedstawił referencje znajdujące się w załącznikach nr 6a-6c do oferty. Z zał. nr 6b i 6c wynika, iż chodzi o produkt Ust-Katawskiego Zakładu Produkcji Wagonów (przetłumaczonego jako Ust' Katawska Fabryka Wagonów). Skoro Wykonawca powołał się na doświadczenie innego podmiotu niż mający wykonywać zamówienie, to zgodnie z przepisem art. 26 ust, 2b ustawy

- Prawo zamówień publicznych Zamawiający, działając z należytą starannością, miał obowiązek ustalić, czy stawiane do dyspozycji zasoby istnieją, na czym polegają, w czym będzie się przejawiało korzystanie z nich przez Wykonawcę itd.

Pismem z 1.07.2014 r. odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień z 27.06.2014 r. poinformował o zakresie korzystania z zasobów Domu Handlowego UKWZ-Ukraina Sp. z o. o. (w głównej mierze zresztą powtarzając to, co już wynikało z oferty). I tak w szczególności partner ukraiński zobowiązał się do: udostępnienia know-how, przekazania opisu swoich procedur technologicznych, metod wykonywania zadań w zakresie dotyczącym materiałów, podzespołów i systemów zabudowanych, przeprowadzenia szkoleń kadry handlowej i inżyniersko-technicznej zaangażowanej w wykonanie zamówienia, udostępnienia rozwiązań konstrukcyjnych, w tym projektów, schematów, opisów, przekazania wniosków i uwag płynących ze zrealizowanych dostaw oraz z eksploatacji wagonów, pełnienia nadzoru nad procesami technologicznymi, zachowaniem właściwych parametrów technicznych i materiałowych, sprawowania kontroli montażu tramwaju i sprawdzenia poprzedzającego odbiór końcowy. W celu zapewnienia realizacji zamówienia Dom Handlowy UKWZ-Ukraina Sp. z o. o. zobowiązał się także oddelegować do Poznania wyspecjalizowanych pracowników oraz przekazać Wykonawcy główne schematy systemów tramwaju. Wykonawca podsumował swoje wywody w ten sposób, że to wyłącznie on wyprodukuje i dostarczy objęte zamówieniem wagony tramwajowe, Dom Handlowy UKWZ-Ukraina Sp. z o. o. nie będzie podwykonawcą ani dostawcą podzespołów, ale będzie służył doradztwem, konsultacjami i wsparciem merytorycznym. Mimo tej końcowej deklaracji, przedstawione zobowiązania mają charakter typowy dla producenta i podmiotu świadczącego serwis gwarancyjny i pogwarancyjny, czyli najczęściej też producenta. Na tle tak udzielonych wyjaśnień przez Wykonawcę Zamawiający skonstatował, że wykonanie zamówienia ma polegać na wyprodukowaniu przedmiotowych 12 wagonów tramwajowych przez Wykonawcę w oparciu o technologię wagonu tramwajowego model 71-623 konstrukcji Ust-Katawskiej Fabryki Wagonów. Nie ulega też wątpliwości dla Zamawiającego, że Dom Handlowy UKWZ-Ukraina Sp. z o. o. działał przy dostawach, których dotyczą referencje, w charakterze pośrednika handlowego dostarczającego powyższe tramwaje. Wskazuje na to przede wszystkim krótki czas realizacji poszczególnych dostaw (zał. 6a - 4 dni, zał. 6b - 18 dni, zał. 6c - 30 dni; dane te wynikają z kolumny „data wykonania” zał, nr 5 do oferty), poza przytoczonymi powyżej referencjami i oświadczeniem odwołującego, że podmiot oddający mu do dyspozycji swój potencjał nie jest producentem tramwajów. W takim stanie faktycznym Zamawiający był zobowiązany poczynić dalsze ustalenia w celu potwierdzenia spełnienia warunku postawionego w SIWZ wykonawcom ubiegającym się o niniejsze

zamówienie w postaci należytego wykonania dostawy tramwajów. Pojawiła się bowiem rozbieżność pomiędzy bardzo szerokim zakresem postawionego do dyspozycji odwołującego potencjału a wąskim zakresem świadczeń pośrednika handlowego. Ponieważ zobowiązanie Domu Handlowego UKWZ-Ukraina Sp. z o. o. obejmuje między innymi takie elementy, jak przekazanie Wykonawcy uwag i wniosków z eksploatacji dostarczonych wagonów, udostępnienie mu dokumentacji technicznej wagonu tramwajowego i nadzór nad jego wykonawstwem i odbiorem, to dysponowanie zasobami w tym zakresie najpewniej można sprawdzić przez ustalenie, czy wagony zostały dopuszczone do użytku. W tym celu musiały bowiem przejść proces homologacji, który - jak skądinąd wiadomo - stosuje się na Ukrainie również względem tramwajów. Przy takim bowiem stanie Dom Handlowy UKWZ-Ukraina Sp, z o. o. musiałby rzeczywiście uczestniczyć w skomplikowanej technicznie, prawnie i faktycznie procedurze homologacji, wykraczającej daleko poza „prostą” dostawę, rozumianą jako przetransportowanie danego wagonu z fabryki położonej za Uralem do np. m. Mikołajowa. W konsekwencji potwierdziłoby to, że istotnie dysponuje know-how oraz może podzielić się uwagami z eksploatacji i wiedzą o usuwaniu problemów ujawniających się w normalnym, codziennym korzystaniu z wagonu tramwajowego, zwłaszcza nowego w sensie konstrukcyjnym i produkcyjnym. W rezultacie potwierdziłoby to należyte wykonanie dostawy przez podmiot oddający swój potencjał Wykonawcy. Opisane wymagania Zamawiającego znajdują pośrednie uzasadnienie w legalnej definicji dostawy zawartej w przepisie art. 2 pkt 2 ustawy ~ Prawo zamówień publicznych, Zgodnie z nią dostawa oznacza nabycie rzeczy (także praw i innych dóbr) w oparciu o różne umowy obligacyjne przykładowo wymienione w powołanej normie. Istotnym przedmiotowo elementem każdej z tych umów (kupna-sprzedaży, najmu, dzierżawy, leasingu etc), które mają za przedmiot rzeczy oznaczone co do tożsamości, są faktyczne dysponowanie rzeczą, możliwość korzystania z niej czy też pobierania pożytków, warunki gwarancji jakości i rękojmi za wady fizyczne, a także regulacje dotyczące eksploatacji, jak choćby warunki serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego, Przenosząc niniejszą uwagę na grunt bieżącego postępowania, oznacza to szeroko pojęte używanie przedmiotu takiej umowy zgodnie z jego przeznaczeniem i konieczność unormowania tego w kontrakcie, z którego wynika przyczyna prawna dostawy. Innymi słowy, żądanie wykazania, że dostarczone przez Dom Handlowy UKWZ-Ukraina Sp, z o. o. wagony tramwajowe zostały dopuszczone do użytkowania jako składowej potwierdzenia należytego wykonania umowy, nie wykracza poza obowiązki podmiotu dokonującego dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Należy nadmienić, że Zamawiający celowo pominął w swoich dociekaniach kwestie związane np.: z prawem Domu Handlowego UKWZ-Ukraina Sp. z o.o. do udostępnienia Wykonawcy dokumentacji technicznej do wyprodukowania na jej podstawie przedmiotowych wagonów tramwajowych czy uprawnieniami osób z ramienia spółki prawa

ukraińskiego do sprawowania nadzorów i odbiorów, skoro nie jest producentem. Zamawiający uznał bowiem, że te sprawy, jakkolwiek istotne dla procesu wyprodukowania w Polsce 12 nowych wagonów tramwajowych (choćby potrzeba zmian projektowych, aby dostosować produkt do polskich i unijnych wymagań), nie mają związku z postawionymi warunkami SIWZ. Z powyższych względów należało wystosować ze strony Zamawiającego do Wykonawcy wezwanie z 8.07.2014 r., Odwołujący zinterpretował je jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców postawienie mu „nowego” warunku udziału w niniejszym przetargu i zapowiedział odwołanie zamiast, jeśli to możliwe, przedstawić Zamawiającemu informacje o eksploatacji wymienionych w referencjach wagonów tramwajowych. W tym miejscu raz jeszcze trzeba podkreślić, że Wykonawca w punkcie 4 na str. 2 pisma z 1.07.2014 r. sam przewidział korzystanie w ramach potencjału kontrahenta z jego wiedzy o eksploatacji tramwajów. Czyni to zrealizowaną zapowiedź odwołania co najmniej niekonsekwentną albo świadczącą jednak o tym, że do eksploatacji przedmiotowych tramwajów nie doszło i wobec tego zawarte w ofercie w tym zakresie oświadczenie nie pozostawało w zgodzie z rzeczywistym stanem rzeczy. Można wręcz odnieść wrażenie, jakby odwołujący po otrzymaniu wezwania z 8.07.2014 r. uświadomił sobie, że wątek eksploatacji nie ma charakteru marginalnego i jest rozpatrywany przez Zamawiającego na równi z innymi składnikami potencjału Domu Handlowego UKWZ-Ukraina Sp. z o. o. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w piśmie z 11.07.2014 r. i wyjaśnił dodatkowo, że nie może - w stanie faktycznym niniejszej sprawy - oprzeć uznania zamówień za należycie wykonane jedynie na podstawie ogólnych stwierdzeń umieszczonych w referencjach. Wobec tego, że Wykonawca nie uczynił zadość obu wezwanom Zamawiającego, spełniła się przesłanka do zastosowania wobec niego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podnosi, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych nie został wskazany przez odwołującego jako naruszony przez czynności Zamawiającego. Ponieważ czynności podejmowane przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają charakter formalny, czyli dla swej skuteczności muszą zawierać uzasadnienie prawne i faktyczne, to brak sformułowania zarzutu na gruncie tego przepisu musi skutkować pozostawieniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wątku związanego z nim bez rozpoznania. Uzasadnienie odrzucenia oferty: Dla zapewnienia osiągnięcia zamierzonego rezultatu, jakim jest bezkolizyjne wprowadzenie do eksploatacji liniowej nabywanych wagonów, niezbędne jest spełnianie wymagań, które Zamawiający postawił wykonawcom w pkt. 2.5 opisu przedmiotu zamówienia w następującym brzmieniu: „Zapotrzebowanie w zakresie skrajni wynikające z budowy tramwaju musi zapewnić w każdej sytuacji nienaruszenie konturu koniecznej przestrzeni niezabudowanej skrajni budowli wymaganej normą PN-K-92009 z odstępstwem w zakresie jego odległości od osi toru do wartości 1200 mm do wysokości 170 mm mierząc

od pgs (poziomu główki szyny) oraz bezpieczne mijanie, omijanie wagonów tego samego typu, co oferowany oraz innych wagonów eksploatowanych przez Zamawiającego, których skrajnia spełnia normę PN-K-92008. Ponadto wagon musi zapewnić również bezpieczny przejazd i otwieranie drzwi przy peronach przystankowych o wysokości do 260 mm w odległości 1250 mm od osi toru usytuowanych na torach szlakowych: prostych i na łukach o promieniu równym lub większym od 150 m, uwzględniając poszerzenia zgodnie z normą PN-K-92009. Powyższe wymagania muszą być spełnione przy uwzględnieniu maksymalnego zużycia: szyn, obręczy, elementów amortyzacji wagonu, przy założeniu maksymalnego napełnienia wagonu i oblodzenia platformy przystankowej do wysokości 10 mm. Do potwierdzenia powyższych wymagań, określonych w niniejszym punkcie, Wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne oświadczenie (Załącznik nr 8 do SiWZ)." Odwołujący w załączniku nr 9 do SIWZ „TABELARYCZNE ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH" w pkt 4.11 oświadczył, że najniższy punkt tramwaju przy masie własnej znajduje się na wysokości 100 mm nad poziomem główki szyny, zaś w pkt. 4.12 że najniższy punkt tramwaju nad poziomem główki szyny przy jego maksymalnym obciążeniu, zużyciu kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia wynosi 18 mm. Przedstawione przez Wykonawcę w pkt. 4.12. parametry oznaczają, że odwołujący nie spełnił wymogów określonych normą PN-K-92009 „Skrajnia budowli", dotyczących konturu koniecznej przestrzeni niezabudowanej, skrajni budowli ciągłych i punktowych dla tras tramwajowych z torami o szerokości 1435mm i 1000 mm oraz rozstawu torów na dwutorowych liniach tramwajowych, Przez kontur koniecznej przestrzeni niezabudowanej zgodnie z definicją cytowanej normy należy rozumieć przestrzeń, której przekrój poprzeczny stanowi wielokąt o takich wymiarach i kształcie, że wewnątrz niej wagon tramwajowy może poruszać się z prędkością od zera do maksymalnej dopuszczanej. A zatem norma nie ogranicza wymagań w zakresie gabarytów wagonu tylko do pudła tramwaju, jak podaje w swojej opinii IPS „TABOR" z Poznania, ale do kompletnego, poruszającego się pojazdu, który stanowi pudło tramwaju razem z wózkami jezdny. Spełnienie przez wyprodukowany tramwaj przywołanej wyżej normy stanowi gwarancję, że wprowadzony do ruchu liniowego na infrastrukturze Zamawiającego będzie mógł się po niej bezkolizyjnie poruszać. Najniżej położony punkt tramwaju, mierzony od poziomu główki szyny, bez względu na to, czy znajduje się na poziomie pudła wagonu, wózka jeznego, bądź przegubu między członowego nie może znajdować się poniżej narzuconej normą wysokości, która wynosi 30 mm. Należy pokreślić, że gabaryty poruszającego się tramwaju w obrębie konturu koniecznej przestrzeni niezabudowanej określonej normą PN-K-92009 „Skrajnia budowli", zapewniającej nienaruszalność infrastruktury liniowej Zamawiającego oraz bezkolizyjne mijanie się z wagonem tramwajowym poruszającym się po torze równoległym, Należy podkreślić, że w ocenie gabarytów wagonu na zachowanie przez niego wymogów skrajni

kinematycznej, a dalej skrajni budowli z odstępstwami określonymi przez Zamawiającego w pkt 2.5 Opisu przedmiotu zamówienia nie bierze się pod uwagę odległości od szyn płoż hamulców szynowych, które jako urządzenia wykonawcze jednego z systemów hamowania tramwaju, będąc elektromagnesami przyciąganymi do szyny, muszą przez cały okres eksploatacji wagonu zachować stałą odległość, bez względu na stopień wyeksploatowania technicznego wagonu. Ten argument, mający uzasadnić poprawność odległości 18 mm najniższego punktu wagonu przy jego maksymalnym obciążeniu, zużyciu kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia jest niezasadny, co zresztą potwierdza podana w pkt. 4.11 przywołanej tabeli informacja, że odległość najniższego punktu wagonu od pgs przy masie własnej wynosi 100 mm. Te dwa parametry 18 mm i 100 mm przy wymogu technicznym zapewnienia stałej odległości pomiędzy płożami hamulców szynowych a powierzchnią główki szyny wzajemnie się wykluczają, potwierdzając błędność uzasadnienia zaprezentowanego przez odwołującego. To wykluczenie dotyczy również odgarniacza, którego odległość od pgs winna być regulowana dla zapewnienia wymaganej przepisami wysokości. Powołanie się Wykonawcy na Normę PN-K-92008 „Skrajnia kinematyczna wagonów tramwajowych” na potwierdzenie prawidłowości wymiaru 18 mm poprzez przypisanie go regulowanej wysokości odgarniaczy jest błędne /cytat z Odwołania; "Do najniżej położonych części pojazdu (oprócz kół jezdnych) w tym przypadku należą: dolne płaszczyzny płoż hamulca szynowego i najniżej położone elementy zespołu odgarniacza (są to elementy, które mają za zadanie chronić przed uszkodzeniami dysze piasecznic), których to elementów odgarniacza dotyczy powyższy wymiar/", bowiem przywołana norma w 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, Konkludując, nie można uzasadniać spełnienia wymogu normy przywołaniem parametru dotyczącego elementu wagonu przez tę normę celowo pominiętego. To uzasadnienie i wymogi normatywne jednoznacznie wskazują na niespełnienie przez oferowany wagon wymogów Zamawiającego określonych w pkt. 2.5 Opisu przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie słuszności prezentowanego stanowiska Zamawiający dysponuje opinią z dnia 14.07.2014 r. autorstwa pracowników naukowych Wydziału Transportu Katedry Transportu Szynowego Politechniki Śląskiej w Katowicach, Prof. dr hab, inż. M..... S..... oraz dr inż, T..... K..... Jej autorzy jednoznacznie stwierdzili, że oferowany przez firmę H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. wagon tramwajowy nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SiWZ. Przestrzegli jednocześnie, że przekroczenie skrajni budowli może w ogóle uniemożliwić eksploatację wagonów na liniach tramwajowych Zamawiającego. Powołana opinia znajduje się w aktach sprawy przekazanych przez Zamawiającego do KIO. Wobec powyższych ustaleń Zamawiający nie miał obowiązku wzywać Wykonawcy do składania

wyjaśnień, dokumentów ani tym bardziej do poprawiania omyłki pisarskiej, która w świetle odwołania nie wystąpiła. Sprzeczność treści złożonej oferty z wymaganą przez SIWZ Normą PN-K-92009 „Komunikacja miejska. Skrajnia budowli. Wymagania” ma charakter obiektywny, wyraża się bowiem we wpisaniu liczby „18” w sytuacji kiedy właściwa wynosi co najmniej „30”. Jak wywiedziono powyżej, odwołujący sam podważył podane uzasadnienie rzekomej zasadności wymiaru 18 mm przez wskazanie w innym miejscu 100 mm. W opisanej sytuacji oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, tj. wskutek ustalenia, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, Zamawiający wnosi o dopuszczenie dowodu z załączonej do niniejszego pisma opinii Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa - IGPIM Zakładu Komunikacji Miejskiej, a więc organu uprawnionego - Rozporządzeniem Ministra Transportu z dnia 28.01.2011r, (Dz.U. z 2011 nr 65 poz. 343) w sprawie zakresu, warunków, terminów i sposobu przeprowadzania badań technicznych tramwajów i trolejbusów oraz jednostek wykonujących te badania - do badań polegających na sprawdzaniu czy pojazdy te odpowiadają warunkom technicznym określonym w ustawie Prawo o ruchu drogowym. Z opinii tej wynika, że uzasadnienie „odwołania” przeprowadzono w sprzeczności z zasadami analizy skrajni tramwajowej oraz podstawami budowy pojazdów szynowych. Reasumując, opinie Wydziału Transportu Katedry Transportu Szynowego Politechniki Śląskiej w Katowicach oraz Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa w Warszawie potwierdzają jednoznacznie zasadność odrzucenia oferty Odwołującego - jako nie spełniającej wymagania SIWZ, a w konsekwencji nie zapewniającej bezkolizyjnej eksploatacji oferowanych wagonów na liniach tramwajowych Zamawiającego. Do pisma zamawiającego przedłożono: Opinię Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa Zakład Gospodarki Miejskiej z dnia 28 lipca 2014 r.

Pismem z dnia 29 lipca 2014r. przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie popierając czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania dostaw w ramach wymaganego w SIWZ doświadczenia zawodowego. Przystępujący przeprowadził rozległy wywód formalno prawny na temat znaczenia słowa „dostawa” w myśl k.c., prawa zamówień publicznych oraz prawa unijnego. Zdaniem przystępującego odmowa ze strony odwołującego na wezwanie zamawiającego przedstawienia dokumentów stanowiących o dopuszczeniu wagonów tramwajowych do ruchu świadczy o nie wykonaniu dostawy. Ponadto powołując się na treść art.192 ust.7 ustawy Pzp przystępujący stwierdził brak podstawy prawnej do orzekania przez Izbę co do zarzutu wykluczenia z postępowania. Bowiem w odwołaniu nie wymieniono jako podstawy prawnej art.26 ust.2 b ustawy Pzp. przy formułowaniu zarzutu wynikającego z okoliczności

faktycznej wykluczenia odwołującego z postępowania. Według przystępującego sformułowane pod względem prawnym zarzuty w odwołaniu byłyby prawidłowe gdyby odwołujący nie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego przy wykazaniu doświadczenia zawodowego a co w jego sytuacji nie ma miejsca. Reasumując skoro zarzut ma mieć podstawę faktyczną i prawną to zdaniem przystępującego Izba nie może orzekać co do bezpodstawności wykluczenia, ponieważ odwołujący nie przywołał art.26 ust.2 b ustawy Pzp. mimo że korzysta z cudzego zasobu doświadczenia zawodowego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego 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”, zgodnie z ogłoszeniem o udzielenie zamówienia publicznego opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2014/S 089-155993.

W prowadzonym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród dwóch złożonych ofert w ten sposób, że wybrał ofertę przystępującego po jego stronie a odrzucił ofertę odwołującego. Przy czym w przedmiotowym postępowaniu obowiązywało jedyne kryterium oceny ofert to jest cena i odwołujący złożył korzystniejszą cenowo ofertę w stosunku do wykonawcy wybranego czyli przystępującego w sprawie. Cena oferty odwołującego wynosiła 51.399.240,00 zł brutto a cena oferty przystępującego w sprawie wynosiła 58.302.000,00 zł brutto. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta złożona przez odwołującego byłaby najkorzystniejszą i on uzyskałby zamówienie. Tą też okolicznością odwołujący uzasadniał prawo do złożenia odwołania.

Izba dokonała następujących ustaleń w sprawie na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego w związku ze składanymi wnioskami dowodowymi przez strony i uczestnika w czasie rozprawy.

Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty jednocześnie wykluczył i odrzucił ofertę odwołującego. O czynnościach tych zawiadomił pismem z dnia 16 lipca 2014r.

znajdującego się w dokumentacji postępowania zamawiającego. W pierwszej kolejności z pisma wynika, że oferta została odrzucona. Jako podstawę odrzucenia zamawiający przywołał postanowienie w pkt 2.5. opisu przedmiotu zamówienia, którym żądał spełnienia przez oferowany wagon wymogów skrajni budowli zdefiniowanych w normie PN-K-92009. Analiza informacji zawartych w tabelarycznym zestawieniu parametrów technicznych zawartych w załączniku nr 9 do oferty wykazała w pkt 4.12. że najniższy punkt tramwaju nad główką szyny, przy maksymalnym obciążeniu, zużyciu obręczy kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia wynosi 18 mm. Przy czym przytoczona Polska Norma określa, iż minimalna dopuszczalna wartość wynosi 30 mm. Zamawiający przedstawiając takie uzasadnienie stwierdza, że ofert odwołującego nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taka sytuacja spowodowała po stronie zamawiającego czynność odrzucenia oferty jako sprzecznej merytorycznie z treścią SIWZ, przywołując na tę okoliczność art.89 ust.1 pkt 2 z uwzględnieniem art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dokumentacji postępowania zamawiającego znajduje się Opinia Politechniki Śląskiej Wydziału Transportu Katedra Transportu Szynowego z dnia 14.07.2014r. Na podstawie SIWZ oraz oferty odwołującego w związku z pismem zamawiającego opiniująca Politechnika Śląska podjęła się wydania stosownej opinii. We wnioskach końcowych opinii stwierdzono, że przy przekroczonej skrajni budowli zdefiniowanych w normie PN-K-92009 eksploatacja wagonu tramwajowego może być niemożliwa na liniach tramwajowych zamawiającego.

Z kolei odwołujący do złożonego odwołania przedstawił Opinię Instytutu Pojazdów Szynowych „TABOR” w Poznaniu z dnia 17.07.2014r. Instytut wyjaśnia, że najniższym punktem tramwaju jest hamulec szynowy oraz zgarniacz, które są zespołami regulowanymi zależnie od zużycia kół i obciążeń dynamicznych pojazdu. Zgodnie z PN-K-92008 pkt 2.5 przestrzeń dla hamulca szynowego jest zarezerwowana i znalazło to odzwierciedlenie w PN-K-92009. Według opiniującego zamawiający utożsamia najniższy punkt tramwaju z konturem koniecznej przestrzeni niezabudowanej. Takie utożsamianie jest bezzasadne z uwagi na obowiązującą pojazd w takim przypadku skrajnię wg PN-K-92008. Zgodnie z pkt 2.5. normy PN-k-92009 – Skrajnia budowli- kontur koniecznej przestrzeni niezabudowanej faktycznie wynosi 30 mm, ale w zakresie pudła pojazdu a nie całego tramwaju. Najbliższy główki szyny element tramwaju poza kołem jest hamulec szynowy związany z ramą wózka, dla którego ograniczenie 30 mm nie obowiązuje zgodnie z normą PN-K-92009.

Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający załączył dodatkowo Opinię do materiałów związanych z odwołaniem wydaną przez Instytut Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa w Warszawie w dnia 28 lipca 2014r. z sentencji której wynika "Uzasadnienie odwołania przeprowadzono w sprzeczności z zasadami analizy skrajni tramwajowej oraz podstawami budowy pojazdów szynowych. Uzasadnienia w część technicznej oraz tezę o spełnieniu

wymogów załącznika nr 1 do SIWZ należy uznać za błędne.” W opinii stwierdza się również między innymi ” Parametr w punkcie 4.12. jest wyartykułowany jednoznacznie i stanowi o nie spełnieniu przez Oferenta wymogu Zamawiającego w punkcie 2.5. załącznika 1 do SIWZ” oraz „Przytoczona przez Odwołującego opinia IPSz Tabor zawiera poważny błąd merytoryczny w przedostatnim zdaniu. Chodzi o stwierdzenie, że kontur koniecznej przestrzeni niezabudowanej dotyczy tylko pudła. Dotyczy całego pojazdu.”

Z kolei przystępujący na rozprawie przedstawił Opinię Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki z dnia 25.07.2014r. We wnioskach stwierdza się Deklarowany w ofercie odwołującego „Najniższym punkt tramwaju nad pgs przy maksymalnym obciążeniu, zużyciu kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zamieszczenia wpisanego w pozycji 4.12 „Tabelarycznego zestawienia parametrów technicznych” w w/w ofercie jako wartość 18 (mm) nie odpowiada wymogom konturu koniecznej przestrzeni nie zabudowanej zawartego w normie PN-K-92009: 1998. Tym samym nie spełnia on wymagań SIWZ zawartych w pkt 2.5 Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Powyższe opinie zostały wydane w oparciu o treść oferty odwołującego jak i postanowienia SIWZ.

Co do treści SIWZ to Izba ustaliła jak poniżej.

Opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Rozdziale III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia gdzie zawarte są pierwsze informacje dotyczące przedmiotu zamówienia w tym stwierdza się, że Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia znajduje się w załączniku nr 1 do SIWZ. Załącznik Nr 1 zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia składający się z szeregu rozdziałów opisujących przedmiot zamówienia w tym „wymagania ogólne” zawierające podnoszony punkt 2.5. Punkt ten opisuje parametry techniczne w zakresie skrajni wynikające z budowy tramwaju, które mają zapewnić w każdej sytuacji nienaruszenie konturu koniecznej przestrzeni niezabudowanej skrajni budowli wymaganej normą PN-K-92009 oraz normą PN-K-92008. Do potwierdzenia opisanych wymagań w tym punkcie wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne oświadczenie stanowiące załącznik nr 8 do SIWZ. Załączona treść załącznika Nr 8 do SIWZ dotyczy spełnienia wymagań związanych ze skrajnią wagonu tramwajowego dotyczące spełnienia rozwiązań technicznych. Oświadczenie zawiera pełną treść i wymaga tylko naniesienia nazwy i adresu oferenta i podpisu. Przy czym w treści oświadczenia tak jak w punkcie 2.5. wymienia się obydwie normy techniczne. Oferenci oprócz oświadczenia stanowiącego załącznik nr 8 składali jeszcze dwa oświadczenia zgodnie z załącznikami nr 7 i 9 do SIWZ. Załącznik nr 7 do SIWZ zawiera parametry techniczne tramwaju gdzie oferent wypełnia na zasadzie czy spełnia czy nie spełnia dany opisany parametr techniczny. Załącznik ten zawiera treść ”Dane umieszczone w poniższej tabeli są potwierdzeniem wymagań stawianych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia W załączniku również stwierdza się, że wykonawca w ramach oferty

dostarcza dokumentację w postaci rysunków opisanych w jakim zakresie obrazują oferowany tramwaj”. Również zał. Nr 9 dotyczy parametrów technicznych oferowanego tramwaju. Przy czym to oferent wskazuje wartość parametru. Wśród szeregu parametrów wymienia się sporny punkt 4.12. „najniższy punkt tramwaju nad pgs przy maksymalnym obciążeniu, zużyciu kół i uwzględnieniu ugięć dynamicznych zawieszenia” wynosi: ilość mm, którą ma określić oferent. Przy czym bezspornym w sprawie na podstawie złożonego załącznika nr 9 do oferty jest, że odwołujący zaoferował wielkość 18mm, a według twierdzeń zamawiającego powinno być nie mniej niż 30 mm. Natomiast odwołujący załączył do oferty również wypełnione załączniki nr 7 i 8 według wymogów SIWZ.

Odnosząc się do drugiej części pisma zamawiającego z dnia 16 lipca 2014r. informującego odwołującego o podstawie wykluczenia jego z postępowania, Izba ustaliła jak poniżej.

Zamawiający w piśmie tym zacytował postanowienia SIWZ odnoszące się do wymagań doświadczenia zawodowego, zgodnie z którymi wykonawca miał przedstawić dowody na dostawę minimum 3 sztuk nowych wagonów tramwajowych.

Z pisma również wynika, że nie przedstawiono dokumentów potwierdzających, że odbiorcy dostaw otrzymali wagony od wykonawcy „Dom Handlowy UKWZ - Ukraina” (...) t. j. byli odbiorcami nowych dopuszczonych do użytkowania wagonów.

Zamawiający przywołał również wezwania z dnia 8 i 11 lipca 2014r., w których to wezwaniach żądał od wykonawcy uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ.

Kwitując swoje uzasadnienie zamawiający stwierdza, że do dnia 14 lipca 2014r. odwołujący wyzwany w trybie art.26 ust.3 nie uzupełnił dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło podstawę jego wykluczenia z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Takie uzasadnienie zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 16 lipca 2014r. stanowiące o wykluczeniu z postępowania odwołującego, zostało zakwestionowane we wniesionym odwołaniu.

Izba na rozprawie przeprowadzając dowody ze wskazanych przez strony i przystępującego dokumentów dokonała następujących ustaleń co do zarzucanego wykluczenia z postępowania.

Zamawiający już w dniu 27.06.2014r. wezwał odwołującego w trybie art.26 ust.2a i 2b ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Wyjaśnienie miało dotyczyć w jakim charakterze Dom Handlowy UKWZ – Ukraina, który udostępni doświadczenie zawodowe,

ma uczestniczyć w realizacji dostawy to jest czy to jako producent wagonów czy jako pośrednik w ich sprzedaży.

Odwołujący odpowiadając zamawiającemu pismem z dnia 01.07.2014 r. poinformował, że Dom Handlowy UKWZ - Ukraina Sp. z o. o. z siedzibą w Kijowie nie jest producentem wskazanych w referencjach wagonów tramwajowych. Jednocześnie zauważył, że zamawiający nie wymaga w SIWZ, żeby dostawca był producentem wagonów. Odwołujący również poinformował, że Dom Handlowy UKWZ – Ukraina nie będzie ani podwykonawcą, ani dostawcą podzespołów do budowy wagonów. Tramwaje zostaną wyprodukowane wyłącznie przez H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Zamawiający w dniu 08.07.2014r. w oparciu o art.26 ust.3 ustawy Pzp wystosował do odwołującego kolejne wezwanie. Zacytował warunek SIWZ z którego wynika, że należy wykazać doświadczenie w dostawie trzech nowych wagonów tramwajowych. Zażądał przedstawienia dowodu potwierdzającego, że wagony dostarczone przez Dom Handlowy UKWZ Ukraina były dopuszczone do eksploatacji czyli uzyskały prawem przewidziane homologacje.

Odwołujący odpowiadając pismem z dnia 10.07.2014r. wezwał zamawiającego do unieważnienia wezwania do uzupełnienia dokumentów. Bowiem uznał wezwanie jako sprzeczne z art.38 ust.4 ustawy zabraniającym zmiany warunków udziału po terminie wyznaczonym na składanie ofert. Przywołał również art.25 ust.1 jak i ogłoszenie i SIWZ zgodnie z którymi miał doręczyć przy ofercie wykaz i dowody należytego wykonania. Odwołujący również stwierdza, że Wykaz do oferty z dnia 16 czerwca 2014r. wraz z dowodami należytego wykonania dostawy, potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ani SIWZ, ani ogłoszenie o zamówieniu nie zawierały wymogu aby wraz z ofertą przedstawić dokumenty potwierdzające, że wagony posiadały wymagane prawem homologacje. Odwołujący żądał unieważnienia wezwania pod rygorem złożenia odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 11.07.2014r. poinformował odwołującego, że nie zmienia swoich żądań, ponieważ listy referencyjne zawierają ogólne sformułowania na temat współpracy z odwołującym, świadczenia usług doradczych a nie odnoszą się do jakości dostaw. Zamawiający nie zmienia warunków udziału a jedynie żąda dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy nowych wagonów tramwajowych.

Odwołujący w dniu 14.07.2014r. odmówił uzupełnienia dokumentów stwierdzając, że zamawiający nie może kwestionować dokumentów z racji, że zostały użyte w nich inne wyrazy niż „należyte” ale o tożsamym znaczeniu to jest jednoznacznie wskazującym na należyte wykonanie dostaw i świadczą o pozytywnej i aprobującej ocenie wykonania dostaw przez ich odbiorcę.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do oferty na potwierdzenie należytego wykonania dostaw wynikających z Wykazu dostaw odwołującego. Są to dokumenty kolejno z: dnia 22 maja 2014r.; 16 maja 2012r. i 19 lutego 2014r., w których znajdują się sformułowania o treści ”powyższa dostawa została zrealizowana w sposób należyty zgodnie z postanowieniami zawartymi w podpisanej umowie”; „Postanowienia umowy zostały w pełni zrealizowane w ustalonych terminach”; „Wyrażamy szczerą wdzięczność za sumienne wywiązanie się z zawartej umowy na dostawę i mamy nadzieję na wzajemnie korzystną współpracę w przyszłości.”; „od 5 września 2012r. po zawarciu umowy na dostawę wagonu tramwajowego model 71-623 produkcji Ust’ Katawskiej Fabryki Wagonów.” ”Dom Handlowy UKWZ – Ukraina Sp. z o.o. dała się poznać jako partner niezawodny”.

Na rozprawie przystępujący po stronie zamawiającego przedstawił dowody na okoliczność, że wagony były dostarczane w celu ich prezentacji, pokazów służących w przyszłości ewentualnej decyzji o ich zakupie. Na tę okoliczność zostały przedstawione następujące dowody: tłumaczenia referencji załączonych do oferty odwołującego przez tłumacza przysięgłego, który przekładając tekst użył zamiast słowa „umowa na dostawę” słowo „umowa na dostarczenie”. Przy czym tłumacz dokonując przekładu stwierdza, że „nie można jednoznacznie stwierdzić czy chodzi o „umowę na dostawę” czy o „umowę na dostarczenie”. Tłumaczenia zostały wykonane do referencji Wykazu oferty odwołującego, który zawiera następujące pozycje: dostawa do Przedsiębiorstwa Komunalnego Nikolajewskiej Rady Miejskiej Ukraina miasto Nikolajev dyrektor D.W. Przedsiębiorstwo Naukowo – Techniczne STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii Ukraina miasto Kijów; Fundusz Dobroczynny Deputowanego Ukrainy I..... J..... W..... Ukraina miasto Jenakijewe. Z tłumaczeń wykonawcy (odwołującego) do załączonych referencji w ofercie wynika, że przedmiotem trzech pozycji z Wykazu były „ umowy dostawy”. Natomiast na podstawie przedłożonych tłumaczeń tłumacza przysięgłego języka rosyjskiego Pani mgr A..... P..... z Kozienic przedłożonych przez przystępującego wynika, że w referencjach użyte jest słowo „umowy na dostarczenie”. W jednym z tłumaczeń dotyczących dostawy do Kijowa tłumacz stwierdza ”Powyższe dostarczenie (nie można tu jednoznacznie stwierdzić czy chodzi o dostawę czy jedynie dostarczenie). Załączono również tłumaczony

dokument z języka ukraińskiego przez tłumacza przysięgłego Panią E..... M..... – D..... z Bydgoszczy na okoliczność przeprowadzenia prób jezdnych przez Przedsiębiorstwo Komunalne przy Nikolajewskiej Radzie Miejskiej(zamiennie Mikołajewskiej Radzie Miejskiej). Również przystępujący przedłożył oświadczenie drogą mailową Dyrektora D.W. L....., w którym potwierdza, że „W naszym zakładzie były przeprowadzane próbne jazdy wagonu tramwajowego.(...) Nie mamy żadnej informacji o tym, kto jest właścicielem wagonu i dokąd był wysłany po przeprowadzeniu testów”. Przystępujący przedłożył również wydruki prasowe z Internetu wraz tłumaczeniami na język polski, odnoszących się do miast: NIKOLAJEWA i Jenakijewa. Z pierwszej wynika, że tramwaj model 71-623-00 KTM-23 odesłany został do drugiego miasta (w artykule znajdują się między innymi informacje; „odbyła się prezentacja nowego nowoczesnego tramwaju produkcji Ust-Katawskiej fabryki Rosji, który to w ciągu najbliższych miesięcy będzie testowany na NIKOLAJEVSKICH szynach”, „tramwaj póki co nie został jeszcze przez miasto zakupiony, ponieważ nie jest on jeszcze certyfikowany w Ukrainie”). Z drugiej wynika, że „Dziś rano do Zarządu tramwajowo - trolejbusowego w Jenakijewie przybył nowy tramwaj. Jest to prezent od deputata Ukrainy”; „Jest to drugi na Ukrainie tramwaj tego modelu, dostarczony z Ust-Katawy.” „W najbliższym czasie nasza zajezdnia zostanie uzupełniona jeszcze dwoma nowymi tramwajami, zakupionymi przez firmę „Metinwest” także w Ust-Katawskiej fabryce.”).

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie ustaleń w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego Izba zważył jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba odnosząc się do zarzutu odwołania co do nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego stwierdza jak poniżej.

Opinie zarówno pozytywnie oceniające czynność zamawiającego to jest odrzucenia oferty odwołującego (Opinia Politechniki Śląskiej, Opinia Politechniki Krakowskiej oraz Opinia Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa) jak i opinia negatywna co do odrzucenia oferty odwołującego (Instytutu Pojazdów Szynowych Tabor) uwzględniły ten sam materiał dowodowy. Ten materiał dowodowy stanowiły: treść oferty odwołującego jak i postanowienia SIWZ w tym w szczególności pkt 2.5. załącznika nr 1 do SIWZ w związku z pkt 4.12 załącznika nr 9 do SIWZ. Niemniej w oparciu o ten sam materiał dowodowy tak szacowne Instytucje przedstawiły rozbieżne stanowiska w zależności od strony, która do nich

zgłosiła się o wydanie opinii, stwierdzając bądź niezgodność albo zgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Wobec sprzecznych opinii Izba uznaje za niewykazane przez zamawiającego ustalenie, że treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ biorąc także pod uwagę okoliczność nie przyznania racji twierdzeniom zamawiającego przez odwołującego. Pomimo liczbowo przewyższającej negatywnej oceny przez opiniujących oferty odwołującego Izba nie znalazła podstaw do nie uwzględnienia opinii Instytutu Pojazdów Szynowych Tabor z Poznania. Według Wikipedii, wolna encyklopedia „Instytut Pojazdów Szynowych „Tabor”- jedyny w Polsce instytut badawczy realizujący prace związane z projektowaniem, konstruowaniem i badaniami pojazdów szynowych. Jednostka została założona w Poznaniu w 1945 roku jako Centralne Biuro Konstrukcyjne Nr 1. Od 2000 funkcjonuje pod obecną nazwą.” Reasumując jest to Instytucja, która zna się na teorii jak i praktyce budowy pojazdów szynowych (prace związane z projektowaniem, konstruowaniem i badaniami pojazdów szynowych). Instytut ten stwierdził w swojej opinii ”Zgodnie z pkt 2.5. normy PN-K-92009 – Skrajnia budowli – kontur koniecznej przestrzeni niezabudowanej wynosi 30 mm, ale w zakresie pudła pojazdu a nie całego tramwaju. Najbliższy główek szyny element tramwaju poza kołem jest hamulec szynowy związany z ramą wózka, dla którego ograniczenie 30 mm nie obowiązuje zgodnie z normą PN-K-92009.”. W ocenie Izby ten jeden element oferty nie może decydować o ważności złożonej oferty zwłaszcza w kontekście wydanej opinii przez Instytut Pojazdów Szynowych „Tabor”, ponieważ w punkcie 4.12. użyto ogólnego sformułowania „najniższy punkt tramwaju nad pgs” nie precyzując ściśle co należy rozumieć przez „tramwaj”. Według opinii powyższego Instytutu Tabor czym innym jest słowo „tramwaj” a czym innym „pudło tramwaju”. Stąd w ocenie Izby zamawiający w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp powinien uzyskać wyjaśnienie czy również jest zachowany parametr 30 mm. Ponadto należy mieć na uwadze, że Izba oceniła sformułowany zarzut na podstawie zgromadzonego materiału w sprawie nie uwzględniając wymienianych w SIWZ polskich norm, które nie są prawem powszechnie i bezwzględnie obowiązującym a przez żadną ze stron postępowania nie zostały zawnioskowane i przedłożone w poczet dowodów. Izba odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego wykluczenia z postępowania wzięła pod uwagę ofertę odwołującego i znajdujące się w niej referencje wraz z Wykazem dostaw oraz kolejne wezwania zamawiającego skierowane do odwołującego po złożeniu oferty a także treść postanowień SIWZ.

Słusznie odwołujący podniósł, że z żadnych postanowień Specyfikacji nie wynika, że przy wykazaniu doświadczenia zawodowego należy przedstawić dostawy, w których wykonawca był jednocześnie producentem. W związku z tym doświadczenie Domu Handlowego UKWZ Ukraina jako handlującego wagonami jest również dopuszczalne. Natomiast Izba nie podziela stanowiska zamawiającego co do niejednoznacznych treści załączonych referencji oraz co do prawa wzywania wykonawcy do dostarczenia dokumentów homologacji czy też

protokołów odbioru wykonanych dostaw. Izba zapoznając się z treścią referencji nie ma do nich żadnych zastrzeżeń jako do dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy dostawy. W związku z tym Izba jako bezpodstawne uznała wezwania zamawiającego w trybie art.26 ust.3 ustawy do uzupełnienia dokumentów a tym samym czynność wykluczenia. Dopiero na rozprawie uczestnik po stronie zamawiającego przedłożył dowody na okoliczność zakwestionowania charakteru umowy (dostawa a dostarczanie) oraz czy skutkiem wykonania umowy przez Dom Handlowy UKWZ Ukraina było faktyczne użytkowanie przez odbiorców dostarczonych wagonów.

W ocenie Izby nieistotne są dla rozstrzygnięcia sprawy kwestie czy była to dostawa czy dostarczenie, skoro z SIWZ nie wynika obowiązek po stronie dostarczającego wagon bycie jego producentem. Zresztą sam tłumacz przysięgły miał wątpliwości z tłumaczeniem czy chodzi w wersji oryginalnej o dostawę czy o dostarczanie a kwestia znaczenia tych słów w prawie ukraińskim nie była podnoszona. Izba uznaje referencje jako potwierdzające należyłą dostawę w rozumieniu SIWZ zamawiającego. Tym bardziej, że do oferty załączono szczegółową umowę o współpracy udzielającego doświadczenie. Przy czym Izba 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 rozprawie pełnomocnik zamawiającego stwierdził, że producent wagonów z Rosji to jest fabryka UST' Katawska taki model sprzedaży prowadzi to znaczy przez domy handlowe takie jak D.H. UKWZ Ukraina z Kijowa. Niemniej na rozprawie uczestnik po stronie zamawiającego przedstawił oświadczenie Dyrektora z NIKOLAJEVA Pana L....., który potwierdził dostarczenie i jazdy próbne tramwaju ale oświadczył jednocześnie, że jego przedsiębiorstwo nie użytkuje tego tramwaju, który został dalej przekazany. Ponadto z informacji prasowych internetowych Miejski Transport Elektryczny NIKOLAEV wynika, że pierwszy wagon przeznaczony jest do dotarcia i późniejszej certyfikacji.

Reasumując powyższe Izba nie uznaje dostarczenia wagonów tramwajowych w celu jazd próbnych. Izba uznaje dostarczanie wagonów tramwajowych w celu użytkowania co jest zbieżne z przedmiotem zamówienia.

W związku z powyższym Izba uwzględnia stan sprawy wykazany na dzień rozstrzygnięcia odwołania i nakazuje zamawiającemu wezwanie uzupełnienia jednej dostawy (poz. 1 Wykazu), ponieważ dostawa do Nikolajeva nie może być zaliczona do wymaganego doświadczenia. W pozostałym zakresie (poz.2 i 3 Wykazu) odpowiadają warunkom Specyfikacji zamawiającego.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 192 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00złoty tytułem zwrotu uiszczonego wpisu i 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie przedłożonego rachunku.

Przewodniczący:

.....

.....

