

Sygn. akt: KIO/UZP 1410/09

**WYROK**  
**z dnia 15 października 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**

**Anna Packo**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań** protestu z dnia 3 września 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Solaris Bus & Coach S.A., ul. Obornicka 46, Bolechowosiedle, 62-005 Owińska** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz**.

### **U z a s a d n i e n i e**

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę 40 sztuk fabrycznie nowych tramwajów całkowicie niskopodłogowych, wieloczołowych, z napędem silnikami prądu przemiennego nr sprawy DS/SZ/5/2008/T/01”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 20 stycznia 2009 r., nr 2009/S 12-016898.

W dniu 26 sierpnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z siedzibą w Bydgoszczy, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze oferty wykonawcy SOLARIS Bus & Coach S.A. z siedzibą w miejscowości Bolechowo-Osiedle, zwanego dalej „wykonawcą SOLARIS”, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 3 września 2009 r.) Odwołujący wniósł protest na:

1. nieodrzućenie oferty wykonawcy SOLARIS pomimo jej niezgodności z SIWZ alternatywnie niewykluczenie wykonawcy SOLARIS,
2. zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia części oferty wykonawcy SOLARIS złożonej w niniejszym postępowaniu i w związku z tym odmowę udostępnienia Odwołującemu części oferty wykonawcy SOLARIS objętej klauzulą tajności,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty niezgodnej z SIWZ,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy SOLARIS z postępowania,
3. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezzasadną odmowę udostępnienia całości oferty wykonawcy SOLARIS na skutek błędnego uznania przez Zamawiającego, iż zachodzą przesłanki do skutecznego wyłączenia jawności załączników nr 3.3., 3.4, 3.5, 3.6 zawartych w ofercie wykonawcy SOLARIS,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez odmowę dostępu do oferty wykonawcy SOLARIS i w konsekwencji utrudnienie korzystania ze środków prawnych przysługujących wykonawcom na podstawie ustawy Pzp, a w zasadzie uniemożliwienie weryfikacji zarzutów zawartych w proteście,
5. art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez nieodtajnienie części oferty wykonawcy SOLARIS pomimo, iż informacje określone przez tego wykonawcę jako niepodlegające ujawnieniu nie spełniają warunków koniecznych do uznania ich za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu powołanego przepisu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności rozstrzygnięcia postępowania,
2. powtórzenie czynności badania ofert,
3. odrzućenie oferty wykonawcy SOLARIS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ ewentualnie wykluczenie wykonawcy SOLARIS na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
4. odtajnienie oferty wykonawcy SOLARIS w odniesieniu do:
  - a) załącznika nr 3.3. Rysunki techniczne – gabaryty zewnętrzne we wszystkich rzutach z precyzyjnym zwymiarowaniem przekroju poprzecznego tramwaju i skoków w części czołowej tramwaju oraz rzuty z zaplanowaniem wnętrza oferowanego pojazdu i zaznaczonym przebiegiem podłogi,
  - b) załącznika nr 3.4. Sposób wyliczenia i dokładne wymiary przestrzeni przeznaczonej dla pasażerów stojących,
  - c) załącznika nr 3.5. Dokładne zwymiarowanie wszystkich przejść dla pasażerów wewnątrz wagonu,
  - d) załącznika nr 3.6. Dokładne wymiary wszystkich drzwi z zaznaczeniem ich prześwitu w stanie otwartym,
5. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż zaoferowany przez wykonawcę SOLARIS tramwaj „SOLARIS TRAMINO” typu S105p nie spełnia wymogu § 8 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 r., Nr 230, poz. 2301), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów”, gdyż jego człony skrajne posiadają drzwi o szerokości 750 mm, pomimo iż długość tych członów przekracza 6000 mm (wynosi 6130 mm), a co oznacza, iż każdy z członów powinien posiadać drzwi o wymiarze 1300 mm.

Nadto Odwołujący wskazał, iż znane mu parametry techniczne wózka zastosowanego przez wykonawcę SOLARIS (w pojeździe można było zastosować wyłącznie sprawdzone rozwiązania techniczne) nie pozwalały uzyskać wskazanej w ofercie szerokości przejścia czyli 750 mm. Ze znanej Odwołującemu konstrukcji wózka wykonawcy SOLARIS możliwym jest uzyskanie jedynie szerokości przejścia 741 mm. Brak doświadczenia w produkcji tramwajów jest przyczyną i innych błędów w ofercie wykonawcy SOLARIS, w tym pojemności znamionowej tramwajów.

Odwołujący zakwestionował także złożoną przez wykonawcę SOLARIS gwarancję bankową, wskazując na jej wadliwą treść, tj. na to, że gwarant zobowiązał się do zapłaty nie ściśle określonej kwoty, lecz bliżej nieokreślonej kwoty „do wysokości łącznie nie przekraczającej 10 000 000,00 zł”, co sugeruje, iż zapłata może nastąpić co najmniej w dwóch ratach.

Nadto dodał, iż wykonawca SOLARIS bezpodstawnie utajnił informacje zawarte w załącznikach nr 3.3, 3.4, 3.5 i 3.6, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo iż:

- informacje w nich zawarte były jawne w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., a część z tych informacji była początkowo utajniona,
- wykonawca SOLARIS nie podjął niezbędnych czynności zmierzających do nieujawnienia spornych informacji,
- przedmiotowe informacje nie posiadają wartości gospodarczej i technicznej,

a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał badania zasadności utajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę SOLARIS i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem 3 września 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca SOLARIS otrzymał w dniu 4 września 2009 r.).

W dniu 7 września 2009 r. wykonawca SOLARIS przystąpił do protestu (pismem z dnia 4 września 2009 r.), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 8 września 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, wskazując m.in., iż zarzuty Odwołującego oparte są jedynie na przypuszczeniach i domysłach.

Zaoferowany przez wykonawcę SOLARIS tramwaj typu S105p o długości 31.96 m składa się z pięciu członów, połączonych przegubami, a długość skrajnych członów przedmiotowego tramwaju wynosi mniej niż 6000 mm, tym samym dopuszczalne jest wyposażenie oferowanego tramwaju w drzwi o szerokości 750 mm.

Szerokość przejścia (750 mm) jednoznacznie wynika z załącznika nr 3.5. do oferty wykonawcy SOLARIS i jest zgodna z wymogami Zamawiającego.

Wadium w postaci gwarancji bankowej zostało wniesione prawidłowo. Zamawiający nie wymagał przedłożenia gwarancji o konkretnej treści ustalonej przez niego w SIWZ, a użycie słowa „łącznie” w żaden sposób nie sugeruje, iż zapłata wadium nastąpi co najmniej w dwóch wypłatach.

Natomiast informacje zawarte w rysunkach stanowiących zawartość załączników nr 3.3, 3.4, 3.5 i 3.6 zastrzeżone przez wykonawcę SOLARIS jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają wszystkie przesłanki do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 18 września 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 21 września 2009 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 18 września 2009 r., w dniu 18 września 2009 r., nadając odwołanie do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście. Dodatkowo Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie mechaniki na okoliczność niezgodności oferty wykonawcy SOLARIS z SIWZ, w tym w szczególności:
  - a) w zakresie spełnienia przez oferowany tramwaj „SOLARIS TRAMINO” typu S105p wymogów określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 r., Nr 230, poz. 2301), tj. § 8 ust. 3 tego rozporządzenia,
  - b) w zakresie szerokości przejścia oferowanego tramwaju „SOLARIS TRAMINO” typu S105p poprzez ustalenie czy przy szerokości pojazdu liczonej zgodnie z wymogami SIWZ z uwzględnieniem konieczności montażu izolacji termicznej i akustycznej wymaganej w SIWZ możliwe jest osiągnięcie zadeklarowanej szerokości przejścia tramwaju, tj. 750 mm, czy też szerokość ta będzie mniejsza, a jeżeli tak to o ile,
  - c) prawidłowości obliczenia przez wykonawcę SOLARIS pojemności znamionowej tramwaju „SOLARIS TRAMINO” typu S105p według SIWZ,

2. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu własności przemysłowej na okoliczność, iż załączniki nr 3.3., 3.4, 3.5, 3.6 nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa SOLARIS w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu,
3. zasądzenie kosztów postępowania.

Pismem z dnia 21 września 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 8 października 2009 r. (pismem z dnia 7 października 2009 r.) wykonawca SOLARIS przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

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

**Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Wymagania dotyczące wadium” zamieścił postanowienie, iż „dokument wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia powinien zawierać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty wymaganej kwoty wadium Zamawiającemu na jego pierwsze pisemne żądanie (...)”.

Wykonawca SOLARIS złożył „Gwarancję bankową przetargową (wadialną) nr 116/2009” wystawioną w dniu 11 sierpnia 2009 r. przez PKO Bank Polski S.A., w treści której jej gwarant zobowiązał się do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia Zamawiającemu każdej kwoty w terminie 14 dni do wysokości nie przekraczającej łącznie 10.000.000,00 zł. Odwołujący zakwestionował wyżej powołaną treść gwarancji bankowej, podnosząc iż z cytowanego zapisu wynika, że zapłata może nastąpić co najmniej w dwóch ratach.

Izba, oceniając skuteczność złożonej gwarancji bankowej, przedłożonej przez wykonawcę SOLARIS w niniejszym postępowaniu uznała, iż złożona gwarancja została wystawiona w określonym celu i w konkretnych okolicznościach, które znalazły odzwierciedlenie w jej treści. Przedmiotowa gwarancja zabezpiecza w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy zapłatę wskazanej w niej kwoty, na pierwsze pisemne żądanie, na rzecz Zamawiającego, w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych w przepisach ustawy Pzp, a Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu zamieszczenia w wystawionej gwarancji określonej i konkretnie wymaganej treści. Z kwestionowanej gwarancji jednoznacznie więc wynika, iż wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi w określonych okolicznościach, a użycie wyrazu „łącznie”, wobec pełnej treści gwarancji bankowej, nie przesądza o jej wypłacie w kilku ratach.

Tak więc Izba uznała, iż brak jest podstaw do kwestionowania treści prawidłowo wystawionej i następnie złożonej gwarancji bankowej.

**Zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieuprawnione utajnienie załącznika nr 3.3, 3.4, 3.5 i 3.6 nie potwierdził się.**

Zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” wskazał, iż wykonawca może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, składając je w odrębnej części z oznaczeniem „Tajemnica przedsiębiorstwa”.

Wykonawca SOLARIS wyodrębnił w złożonej ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (s. 187-431 oferty), dodając na karcie tytułowej, iż „informacje techniczne i technologiczne ujawnione w załączniku nr 2, 2.2, 2.3, 3, 3.1-3.15, 7 do oferty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Solaris Bus & Coach S.A., w rozumieniu art. 11 ust. 4 przepisów ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...), nie mogą być ujawnione ani udostępnione podmiotom innym aniżeli Zamawiający”.

Zastrzeżenie informacji zawartych w załącznikach nr 3.3, 3.4, 3.5 i 3.6 zakwestionował Odwołujący, podnosząc iż – wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego - nie posiadają one cech informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż informacje w nich zawarte były ujawnione do publicznej wiadomości w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. i jako takie nie posiadają wartości gospodarczej, technicznej, jak również wykonawca SOLARIS nie podjął niezbędnych czynności zmierzających do nieujawnienia tych informacji o czym świadczy chociażby ich ujawnienie w powołanym wyżej postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest wyrażona w art. 8 ustawy Pzp zasada jawności, która zapewnia pełną jawność prowadzonych postępowań oraz oznacza powszechny dostęp do informacji dotyczących dokumentacji przebiegu postępowania, przy czym jawne są nie tylko dokumenty sporządzone w trakcie postępowania, ale także składane przez wykonawców, w tym oferty. Odstępstwo od zasady jawności jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie i takim przypadkiem jest wyłączenie jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej jednak, aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa należy dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wymienione niżej przesłanki, a więc ustalić czy zastrzeżona informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności

Zamawiający i Przystępujący zgodnie oświadczyli, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały nigdy wcześniej ujawnione, mają charakter techniczny o istotnej wartości gospodarczej ponieważ graficznie przedstawiają istotne założenia konstrukcyjne nowego modelu tramwaju, ze szczególnym wskazaniem na układ wnętrza pojazdu, przestrzeni przeznaczonych dla pasażerów stojących, przejść dla pasażerów wewnątrz wagonu, drzwi, a elementy te najczytelniej można przedstawić za pomocą rysunków. Ponadto to tymi właśnie elementami wyposażenia konkurują ze sobą producenci tramwajów niskopodłogowych. Informacje te dotychczas nie były nigdzie publikowane, a oferowany pojazd jest unikatowy i nie był nigdzie prezentowany, ani też wcześniej oferowany w innym postępowaniu, zarówno publicznym, jak i prywatnym. Istotnie zastrzeżone informacje mają charakter techniczny i technologiczny, gdyż tego rodzaju informacje, jak podniósł Zamawiający i Przystępujący, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, standardowo są zastrzegane przez dostawców tramwajów. Informacje takie, w niniejszym postępowaniu, zastrzegł w swojej ofercie również Odwołujący.

Z treści zastrzeżonych dokumentów wynika bowiem, iż zawierają one dane techniczne, które rzeczywiście nie są powszechnie dostępne, gdyż nie mogą być uzyskane przez zainteresowanych, w tym także konkurentów, w zwykłej i dozwolonej drodze, np. na stronie internetowej producenta, bądź też w innym przetargu, w którym ofertę złożył Przystępujący, w tym w powołanym przez Odwołującego postępowaniu. Mogą więc przedstawiać samodzielną wartość handlową w relacjach z innymi producentami.

Wykonawca SOLARIS, jak oświadczył na rozprawie, podjął działania w celu zachowania poufności, a szczegóły, dotyczące nowego typu tramwaju zna wyłącznie wąskie grono pracowników odpowiednio przeszkolonych i zobowiązanych do zachowania



w tajemnicy informacji dotyczących konstrukcji nowego pojazdu. Tak więc niewątpliwym jest, iż wykonawca ten kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te niewątpliwie nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji, w tym, na skutek złożenia oferty, także potencjalni kontrahenci tego wykonawcy.

Tym samym Izba uznała, iż charakter informacji zawartych w zastrzeżonych załącznikach nr 3.3, 3.4, 3.5 i 3.6 (s. 307-315 oferty), jak i działania podjęte przez wykonawcę SOLARIS uzasadniają objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

**Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis techniczny tramwaju”, pkt 1 „Informacje ogólne”, ppkt 1.10 zamieścił wymóg spełnienia przez oferowany wagon wymagań obowiązujących Polskich Norm oraz aktualnie obowiązujących przepisów, w tym rozporządzenia w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, a stawiając wymogi dotyczące drzwi (pkt 2.4.3.2. załącznika nr 1 do SIWZ) wskazał, iż „szerokość czynna drzwi dwuskrzydłowych powinna wynosić minimum 1300 mm”. Natomiast wymaganą szerokość przejścia przez cały pojazd określił na nie mniejszą niż 520 mm (pkt 2.4.2.5. załącznika nr 1 do SIWZ). Jednocześnie, określając wartość techniczną z wagą 15% jako kryterium oceny ofert, w ramach którego jedno z podkryteriów stanowi szerokość przejścia wewnątrz wagonu.

Wykonawca SOLARIS zadeklarował, iż dostarczy tramwaj zgodny z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ, w którym szerokość przejścia wewnątrz wagonu wyniesie 750 mm.

Powyższe zakwestionował Odwołujący zarzucając, iż tramwaj oferowany przez wykonawcę SOLARIS nie spełnia wymogów rozporządzenia w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów, gdyż jego człony skrajne posiadają drzwi o szerokości 750 mm, pomimo że długość tych członów przekracza 6000 mm. Zatem oferowany tramwaj powinien być wyposażony w drzwi o wymiarze 1300 mm, a deklarowana szerokość przejścia (750 mm) nie może zostać uzyskana przy określonej, znanej Odwołującemu, konstrukcji wózka.

Izba ustaliła, iż tramwaj „SOLARIS TRAMINO” typu S105p zaoferowany przez wykonawcę SOLARIS, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w skrajnych członach rzeczywiście nie przekracza 6000 mm, tym samym wykonawca ten – zgodnie z powołanym rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów – mógł i zaoferował drzwi o szerokości 750 mm. Jest to zgodne z § 8 ust. 2 i 3 powołanego wyżej rozporządzenia, gdyż jedynie w przypadku wagonu wielocłonowego każdy człon dłuższy niż 6000 mm musi mieć co najmniej jedno drzwi o szerokości 1300 mm. Skoro więc, jak

jednoznacznie stwierdzono na podstawie rysunków i schematów, zaoferowany wagon posiada człony skrajne krótsze niż 6000 mm wykonawca mógł zaoferować drzwi węższe niż 1300 mm. Natomiast sugerowanie się długością tramwaju zaoferowanego w innym postępowaniu i odnoszenie jej do długości tramwaju w danym postępowaniu nie znajduje uzasadnienia. Jak bowiem oświadczył Przystępujący na rozprawie, w niniejszym postępowaniu zaproponowano nowy, dotąd nigdzie nieprezentowany tramwaj, oparty na nowych rozwiązaniach konstrukcyjnych, w tym także wyposażony w skrajne człony krótsze niż 6000 mm, a więc inny niż oferowany w powoływanym przez Odwołującego postępowaniu.

Odnośnie szerokości przejścia stwierdzić należy, że wykonawca SOLARIS faktycznie zadeklarował w swej ofercie, iż szerokość przejścia wewnątrz wagonu wyniesie 750 mm, co jednoznacznie wynika z załącznika nr 3.5 „Dokładne zwymiarowanie wszystkich przejść dla pasażerów wagonu”, stanowiącego część tajną oferty tego wykonawcy, w tym rysunków i schematów oraz - jak podniósł Zamawiający - dokonanych wyliczeń. Argument Odwołującego jakoby konieczność montażu izolacji termicznej i akustycznej oraz konstrukcja wózka nie pozwalała na zaoferowanie pojazdu o takiej właśnie szerokości przejścia, w świetle dokumentów złożonych przez wykonawcę SOLARIS w niniejszym postępowaniu i wobec braku dowodów wskazujących faktycznie na niemożność oferowania pojazdu o deklarowanej szerokości przejścia przez wykonawcę SOLARIS, nie zasługuje na uwzględnienie.

Tym samym Izba uznała, iż oferta wykonawcy SOLARIS, w kwestionowanym zakresie, jest zgodna z postanowieniami SIWZ.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy SOLARIS z treścią SIWZ w zakresie szerokości drzwi w pozostałych członach tramwaju nie może zostać przez Izbę rozpatrzony, gdyż – zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Powyższego zarzutu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można potraktować jako dodatkowego argumentu wskazującego na niezgodność treści oferty wykonawcy SOLARIS z treścią SIWZ, gdyż stanowi on wskazanie konkretnej niezgodności, która mogłaby być przedmiotem odrębnego protestu.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Poznaniu.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....