

**WYROK**  
z dnia 25 maja 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Copma Polska Sp. z o.o., ul. Halicka 9, 31-036 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Copma Polska Sp. z o.o., ul. Halicka 9, 31-036 Kraków
4. zasądza od odwołującego Copma Polska Sp. z o.o., ul. Halicka 9, 31-036 Kraków na rzecz zamawiającego Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset ) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

## UZASADNIENIE

Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa pojazdu technicznego do czyszczenia torowiska. Numer ogłoszenia w DUUE: 2020/S 252-637680. Numer referencyjny postępowania: MZK.D-251-13/2020.

W dniu 14 kwietnia 2021 r. zamawiający przekazał informacje drogą elektroniczną o wyborze oferty najkorzystniejszej. O takiej czynności zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Copma Polska Sp. z o.o., ul. Halicka 9, 31-036 Kraków, dalej zwany „odwołującym”. W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu wykluczenie odwołującego z postępowania oraz uznania, że jego oferta podlega odrzuceniu.

Podnosząc powyższe wskazał, że zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z Postępowania, pomimo że wykazał, iż spełnia warunki udziału w Postępowaniu, i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego (art. 24 ust 4 ustawy Pzp),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a w konsekwencji:
- 3) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty odwołującego.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienie odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że zgodnie z punktem 3,2.3. SIWZ dot. zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający postawił warunek, iż *„Za Wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu zostanie uznany Wykonawca, który wykaże, że wykonał (tj. zakończył) należycie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę obejmującą co najmniej 1 sztukę dwudrogowego specjalnego pojazdu do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz przestrzeni międzyszynowej. Za zakończoną dostawę jednego pojazdu uznaje się również zakończoną dostawę jednego pojazdu w ramach umowy obejmującej dostawę większej liczby pojazdów, której należyte wykonanie zostało potwierdzone.”*

Odwołujący przekazał wykaz dokonanych dostaw wraz ze stosownymi referencjami, a także rysunek wraz z opisem, z zaznaczeniem głównych podzespołów pojazdu. W złożonym wykazie odwołujący wskazał następujący przedmiot dostawy:

*„Wyprodukowanie i dostawa pojazdu dwudrogowego asenizacyjnego wielofunkcyjnego, tj. wielofunkcyjny pojazd drogowoszynowy na rzecz ART. In Energy Sp. z o.o.”, a także „Pojazd dwudrogowy, asenizacyjny wielofunkcyjny z przeznaczeniem również do innych zastosowań do funkcjonalności i zabudowy na rzecz UAB HVitras-S” Zamknięta Spółka Akcyjna.* Przedstawione do wykazu referencje, zdaniem odwołującego jednoznacznie potwierdzały, że wskazane przez dostawy, świadczą o spełnianiu przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Podniósł, że zamawiający uznał, że zarówno przedstawiony wykaz, a także referencje nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący przedstawił m.in. aktualizację przedstawionych informacji/ doprecyzowanie referencji dot. dostaw na rzecz UAB „Vitras-S”, w których jednoznacznie wskazano, że odwołujący należycie dostarczył na rzecz spółki pojazd dwudrogowy specjalny do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz czyszczeniem przestrzeni międzyszynowej. W ocenie zamawiającego odwołujący pomimo powyższego nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Nawiązując do stanowiska zamawiającego podniósł, że przedłożone pierwotne referencje jak i wykaz świadczyły o tym, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podkreślił, że niewątpliwie zamawiający jako profesjonalista ma świadomość i wiedzę, że pojazd asenizacyjny drogowoszynowy, nie służy do niczego innego, jak właśnie do czyszczenia i utrzymywania torowisk, a co za tym idzie spełnia w stopniu niezbędnym oczekiwane przez zamawiającego parametry. W profesjonalnym obrocie, na rynku dostaw pojazdów specjalistycznych, przeznaczonych do utrzymywania torowisk, takie oznaczenie przedmiotu dostaw jakiego dokonał odwołujący jest jednoznaczne. Obecnie czyszczenie torowisk, w tym przestrzeni międzyszynowej jest wykonywane za pomocą dwóch głównych metod z wykorzystaniem powietrza pod ciśnieniem lub wody. Sam fakt, że w wykazie dostaw wskazano, że dostarczane pojazdy są asenizacyjne tj. służą do wywozu nieczystości ciekłych, skutkuje koniecznością dokonywania czyszczenia za pomocą wody. W żadnym aspekcie wiążących wymagań SIWZ, odwołujący nie przedstawił produktu, który byłby ewidentnie sprzeczny z wymaganiami zamawiającego.

Stwierdził, że powyższe zostało potwierdzone zarówno w pierwszych referencjach, gdzie wskazano, że dostarczany pojazd, służący do utrzymania infrastruktury kolejowej, posiadał beczkę do transportowania wody jak i beczkę asenizacyjną (referencje Art. In Energy), a także w aktualizacji referencji UAB Vitras-S gdzie wskazano wprost, że odwołujący dostarczył „pojazd dwudrogowy specjalny do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz

czyszczeniem przestrzeni międzyszynowej". Tym samym czynności podejmowane przez zamawiającego należy oceniać jako oderwane od stanu faktycznego.

Zauważył, że zamawiający niezasadnie oczekuje od wykonawców, aby w Wykazie dostaw wskazywali na wykonanie usług o dokładnie takiej treści jak w treści specyfikacji. Podał, że zamawiający w wezwaniu z 25 marca 2021 r. stwierdza: „(...) złożone wraz z ofertą referencje nie potwierdzają, że dostawy zostały wykonane należyście.”, kiedy to w treści pierwotnych referencji UAB „Vitras-S” wskazano „Pojazd charakteryzuje się bezawaryjnością, jest w ciągłej eksploatacji i trzymany przez mobilny serwis producenta pojazdów firmy Compa Polska”, co jednoznacznie przesądza o fakcie, że dokonano dostawy przedmiotu zamówienia z należytą starannością, mimo że podmiot wystawiający referencje nie użył słowa „należyście”, czego niezasadnie wymagał zamawiający. Nadto w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający wskazał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, z uwagi na jej rzekomą niezgodność ze SIWZ. Zamawiający wskazał, że dostarczone rysunki techniczne są ogólne mało precyzyjne, a także że nie pozwalają na ocenę funkcjonalności pojazdu oraz nie zaznaczono istotnych urządzeń wyposażenia. Zgodnie z pkt. 4. 10 SIWZ do oferty należało dołączyć „Rysunek 3D lub rysunek techniczny z zaznaczeniem głównych podzespołów pojazdu z opisem. Zarzut ten jest zdaniem odwołującego całkowicie niezasadny, gdyż to zamawiający odczytywał przedłożony rysunek nieprawidłowo, a także w oderwaniu od załączonego opisu. Zamawiający mylnie twierdzi, że „dokładnie określił co powinien zawierać rysunek”, gdyż wskazał jedynie, że musi zawierać zaznaczenie głównych podzespołów, bez sprecyzowania co rozumie przez główne podzespoły. Mimo braku precyzji zamawiającego, odwołujący sporządził rysunek techniczny stosownie do wymagań tj. do parametrów, które powinny zostać ujęte w opisie rysunku technicznego. Odwołujący przedłożył rysunek techniczny w formacie pdf., co umożliwiło swobodne przybliżanie w celu dokładnego zbadania każdego elementu naniesionego, tym samym zarzuty rzekomej nieprecyzyjności są niezasadne. Wszystkie elementy podzespołów, stosownie do wymaganego opisu, zostały zaznaczone liczbami arabskimi od 1 do 4 oraz od 6 do 10, a następnie opisano je w załączniku do rysunku.

Nadto wskazał na inne – poprzednie zamówienie, które zostało unieważnione w którym złożył takie same dokumenty jak w tym postępowaniu tj. Wykaz i referencje i zamawiający nie zgłaszał jakichkolwiek zastrzeżeń do przedłożonych dokumentów, które to mogłyby skutkować wykluczeniem odwołującego, bądź też odrzuceniem jego oferty.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie zarzutów odwołania jako niezasadnych. Odnosząc się do zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał, że wykonawca ubiegający się o udzielnie zamówienia w niniejszym postępowaniu powinien przedstawić zarówno wykaz dostaw zgodnie ze wzorem załączonym do SIWZ, jak i na potwierdzenie należytego wykonania

dostaw, referencje (lub inne dokumenty) wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane. Nieprzekazanie zamawiającemu któregokolwiek z powyższych dokumentów należy traktować jako autonomiczną przesłankę wykluczenia z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w dniu 11.02.2021 r. Oferta ta została najwyżej oceniona przez zamawiającego wg kryteriów oceny ofert przewidzianych w treści SIWZ, w związku z czym zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 15 marca 2021 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w treści SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył m. in. wykaz dostaw oraz referencje dotyczące dostawy pojazdów dla spółek ART In Energy sp. z o.o. oraz UAB Vitras-S Zamknięta Spółka Akcyjna. W wyniku weryfikacji ww. dokumentów zamawiający stwierdził, że złożony wykaz wraz z referencjami nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy określonego w pkt. 3.2.3. SIWZ z uwagi na inne przeznaczenie dostarczonych pojazdów w stosunku do pojazdu opisanego w treści warunku udziału w postępowaniu. W treści warunku mowa jest o pojeździe do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz przestrzeni międzyszynowej, a zatem wysoce wyspecjalizowanego pojazdu przeznaczonego do utrzymania infrastruktury torowej tramwajowej. Rowki szyn występują bowiem wyłącznie w szynach tramwajowych (rys. 1 i 2), natomiast szyny kolejowe pozbawione są tego elementu konstrukcji (rys. 3). Tymczasem w wykazie dostaw złożonym przez odwołującego mowa jest w pozycji 1 o dostawie pojazdu dwudrogowego asenizacyjnego wielofunkcyjnego, a w pozycji 2 o dostawie pojazdu dwudrogowego, asenizacyjnego wielofunkcyjnego z przeznaczeniem również do innych zastosowań do funkcjonalności i zabudowy. Pojazdy asenizacyjne to pojazdy przeznaczone do odsysania i transportu nieczystości płynnych, w tym między innymi pojazdy służące do wywozu nieczystości ciekłych bezpośrednio z szamb bezodpływowych do punktów zlewnych. Pojazdy asenizacyjne dwudrogowe stosowane w branży torowej służą do odsysania nieczystości płynnych ze studni odwodnień torowych (rys. 4). Pojazdy te są całkowicie inne od pojazdów dwudrogowych do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz przestrzeni międzyszynowej (rys. 5), ponieważ pojazdy do czyszczenia rowków szyn wyposażone są w specjalny moduł czyszczący (rys. 6), którego częścią jest dysza doprowadzająca wodę pod dużym ciśnieniem 600-1000 bar (rys. 7). Takie rozwiązanie pozwala skutecznie usunąć ubity i twardy jak beton osad zalegający w rowkach szyn (rys. 8). Czyszczenie rowków szyn w inny sposób jest nieskuteczne i nieefektywne. Zamawiający mając na względzie złożoność takiego systemu i chcąc uniknąć eksperymentowania przez Wykonawcę z budową modułu czyszczącego rowki szyn wodą pod ciśnieniem postawił

techniczny warunek udziału przedstawiony w punkcie 3.2.3 SIWZ. Innymi słowy, wskazane w złożonym przez odwołującego wykazie dostawy nie odpowiadały postawionemu przez Zamawiającego warunkowi udziału w postępowaniu. Otóż ani pojazd asenizacyjny wielofunkcyjny ani też pojazd asenizacyjny wielofunkcyjny z przeznaczeniem również do innych zastosowań do funkcjonalności i zabudowy nie są dwudrogowym specjalnym pojazdem do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz przestrzeni międzyszynowej. Tym samym treść wykazu dostaw w żaden sposób nie potwierdziła, że Odwołujący posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego i nie ma tutaj znaczenia, że pojazdy asenizacyjne dostarczone przez Odwołującego były dwudrogowe. Ponadto złożone referencje nie potwierdziły należytego wykonania dostaw ujętych w wykazie.

W wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, zamawiający zwrócił się również do odwołującego o przedłożenie odpowiedniego rysunku wraz z opisem, zgodnie z pkt 4.3.10 SIWZ. Otóż, na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 4.3.10. SIWZ zamawiający wymagał złożenia: Rysunku 3D lub rysunku technicznego z zaznaczeniem głównych podzespołów pojazdu z opisem - w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Opis powinien zawierać:

1. wymiary pojazdu: długość, szerokość, wysokość;
2. nadwozie - zabudowa:
  - kontener na śmieci,
  - zbiornik wody,
  - komora agregatów: agregaty i urządzenia wymagane do napędu urządzeń zbierających odpadki (pompy hydrauliczne, dmuchawa (odkurzacz) z napędem hydrostatycznym, pompy wody);
3. urządzenia ssące (dysze ssące z węzami ssącymi);
4. ssawa ręczna - wysięgnik, podnoszony i obniżany pneumatycznie, umiejscowiony z tyłu pojazdu;
5. układ do jazdy po szynach - podwozie szynowe:
  - rozstaw osi,
  - prześwit między podwieszonymi kołami szynowymi a nawierzchnią drogi,
  - konstrukcję wózka szynowego.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp odwołujący złożył dokument zatytułowany „zdjęcia poglądowe pojazdu”, na którym zamieszczono rysunek pojazdu bez opisu oraz trzy zdjęcia przedstawiające trzy różne pojazdy. Zdjęcia nie są spójne z rysunkiem. Brakuje wskazanych w punktach 2-5 głównych podzespołów pojazdu oraz opisu w związku z czym dokument nie spełniał wymagań pkt 4.3.10. SIWZ. W związku z

powyższym, pismem z dnia 25 marca 2021 r. znak MZK.D-251-13/8/2020 Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie wykazu dostaw wraz ze złożeniem referencji potwierdzających ich należyte wykonanie celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 3.2.3 SIWZ oraz rysunku wraz z opisem zgodnie z wymogami pkt 4.3.10. SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył aktualizację referencji wystawionych przez spółkę UAB „Vitra-S” Zamknięta Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z dnia 09.06.2020 r., oraz rysunek techniczny bez wymaganego zaznaczenia głównych podzespołów pojazdu. Wykonawca nie złożył wykazu dostaw zgodnie z wezwaniem i tym samym nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganego doświadczenia. W tym miejscu należy podkreślić, że pojazd wskazany w treści wykazu dostaw oraz pierwotnie złożonych referencji jest pojazdem o innym przeznaczeniu niż pojazd wskazany w treści złożonej na wezwanie aktualizacji referencji i tym samym wykaz dostaw oraz uzupełniona aktualizacja referencji są niespójne. Podkreślił także, że bez znaczenia są również twierdzenia odwołującego, iż pierwotnie złożone dokumenty świadczą o spełnieniu przez niego warunków udziału w postępowaniu. Otóż, jeżeli odwołujący miał takie zapatrywanie i nie zgadzał się z dokonaną przez Zamawiającego oceną i w konsekwencji czynnością w postaci wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp., to winien ją zaskarżyć na podstawie w odpowiednim terminie. Tymczasem odwołujący tego nie uczynił, co więcej odpowiedział na wezwanie zamawiającego.

W celu wyjaśnienia niespójności wykazu dostaw oraz pierwotnie złożonych referencji z aktualizacją referencji zamawiający, pismem z dnia 29 kwietnia 2021 r. znak MZK.D-251-13-14/2020, na podstawie § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz.U. 2020 poz. 1282), zawniósł do spółki UAB "TOP RAILS" sp. z o.o. Oddział w Polsce (będącej kontynuatorem działalności spółki UAB "VITRAS-S" Zamknięta Spółka Akcyjna Oddział w Polsce - dalej UAB "VITRAS-S"), o udzielenie informacji dotyczących referencji wystawionych przez spółkę UAB "VITRAS-S, wystawionych w dniu 17.09.2019 r. oraz 09.06.2020 r. spółce COPMA POLSKA Sp. z o.o., ul. Halicka 9, 31-036 Kraków, podpisanych przez Dyrektora Oddziału Pana K. J. T. . Niestety zamawiający nie otrzymał odpowiedzi na pismo skierowane pocztą ani wysłane maile do firmy jak i do Dyrektora Zarządzającego. W związku z brakiem odpowiedzi zamawiający wysłał pocztą elektroniczną pismo z dnia 29.04.2021 r. znak MZK.D-251-13-17/2020 skierowane do Pana K. J. T. byłego Dyrektora Oddziału Spółki UAB "VITRAS-S" Zamknięta Spółka Akcyjna Oddział w Polsce w sprawie udzielenia informacji dotyczących referencji. Zamawiający otrzymał odpowiedź mailową na ww. pismo w dniu 10.05.2021 r. Z treści wiadomości wynika, że dostarczony przez odwołującego pojazd jest dwudrogowy,

pozwalający na wykonanie zgrzewania szyn w torze do czego jest przede wszystkim wykorzystywany oraz do zawieszania sieci trakcyjnej, w przypadku prowadzenia prac utrzymaniowych i budowlanych na sieci kolejowej, po zamontowaniu żurawia. Pojazd ten jest przeznaczony do wykonywania i obsługi prac oraz usług wykonywanych na torach. Pan K. J. T. nie potwierdził, że pojazd ten jest pojazdem dwudrogowym, specjalnym przeznaczonym do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz czyszczenia przestrzeni międzyszynowej. Na uwagę zasługuje fakt, że referencje wystawione w dniu 09.06.2020r. odwołujący mógł złożyć wraz z dokumentami przekazywanymi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp w dniu 22.03.2021 r. skoro już je posiadał. Zastanawiające jest to, że w referencjach wystawionych w dniu 09.06.2020 r. przytoczono dokładnie techniczny warunek udziału tj. „pojazd dwudrogowy specjalny do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz czyszczenia przestrzeni międzyszynowej”, gdy takie sformułowanie warunku udziału pojawiło się po raz pierwszy dopiero w dniu 08.09.2020 r. w SIWZ postępowania przetargowego nr MZK.D-251-08/2020, na dokładnie taki sam pojazd.

Podsumowując powyższe zamawiający stwierdził, że jeżeli chodzi o brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego, zamawiający podkreśla, że dostawy wskazane w Wykazie dostaw, którym dysponuje (jedyne, jaki przedstawił odwołujący, tj. w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.) nie odpowiadają warunkowi jaki został postawiony w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego, a jak już wyżej wskazano, wykaz dostaw jako oświadczenie własne wykonawcy stanowi podstawowy element weryfikacji w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Odnosząc się do kwestii niespełnienia wymagań w zakresie przedłożenia przez odwołującego rysunków technicznych, o których mowa w pkt 4.3.10 SIWZ wskazał, że przekazane w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp., do uzupełnienia rysunki techniczne nie zawierają wymaganego zaznaczenia głównych podzespołów pojazdu, stąd nie sposób stwierdzić, że odwołujący potwierdził (zgodnie z wymogiem określonym w pkt 4.3.10. SIWZ), że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych na piśmie i w czasie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie jest niezasadne, gdyż podniesione zarzuty nie znalazły odzwierciedlenia w ustalonym stanie faktycznym.**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.



Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, treści odwołania oraz stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie.

Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy przedstawionego w odwołaniu Izba uznała, że w pełni wyczerpuje on zaistniałe w sprawie stany faktyczne i tym samym uznała, że brak jest podstaw do jego uzupełnienia. Również żadna ze stron nie wniosła o uzupełnieniu stanu faktycznego sprawy będącego przedmiotem orzekania przez Izbę. Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie i jest właściwie bezsporny. Odwołujący i zamawiający różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich oceny prawnej.

Izba uznała, że ustalenia faktyczne poczynione przez zamawiającego były prawidłowe i znajdowały oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym, dlatego też Izba w całości podziela poczynione ustalenia i przyjęła je za podstawę swojego rozstrzygnięcia, a poczynione ustalenia faktyczne przyjmuje za własne.

Izba podkreśla, że podstawowym dokumentem w oparciu o który wykonawca wykazuje spełnianie postawionych warunków udziału jest Wykaz robót, usług czy też dostaw. Warunki udziału w postępowaniu to cechy i właściwości wykonawcy wyrażające minimum wymagań, jakie zapewniają właściwe wykonanie zamówienia. To wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W tym postępowaniu zamawiający zamawiał urządzenie dwudrogowe, tj. takie które może poruszać się zarówno po drogach publicznych, jak i szynach i którego funkcjonalnym zadaniem byłoby w szczególności czyszczenia rowków szyn oraz przestrzeni międzyszynowej wodą pod bardzo dużym ciśnieniem (od 600 – 1000 bar). W oparciu o powyższe w postawionym warunku zamawiający żądał wykazania się przez wykonawców dostawą właśnie takiego urządzenia, a nie innego dwudrogowego o uniwersalnym przeznaczeniu. Kwestia, że odwołujący dostarczył takie urządzenie dwudrogowe, które jest użytkowane- jak wynika z referencji, do napraw torów i torowisk nie może być uznane za tożsame z wymaganym przez zamawiającego. Powyższe stanowisko zamawiającego Izba popiera w całości i uznaje je za własne. Niespornym dla Izby jest fakt, że z Wykazu dostaw w żaden sposób nie da się wywieść, iż odwołujący legitymuje się doświadczeniem w dostawie urządzenia do mycia szyn pod bardzo wysokim ciśnieniem. W Wykazie dostaw mowa jest zarówno w poz. 1 jak i 2 o dostawie urządzenia asenizacyjnego wielofunkcyjnego, pomimo tego, iż zamawiający w uwadze pod tabelą wzoru Wykazu doprecyzował, że „przedmiot

dostawy należy opisać na tyle szczegółowo, aby było jednoznaczne, że pojazdy techniczne będące przedmiotem wykonanych dostaw spełniały wszystkie wymagania określone w treści warunku udziału w postępowaniu”. W treści warunku w SIWZ mowa jest jednoznacznie o potrzebie wykazania się dostawą pojazdu do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz przestrzeni między szynowej.

Odwołujący wywoził, że na przedstawionym rysunku technicznym wskazał, jaki pojazd oferuje i twierdził, że pojazd ten oprócz wielu innych funkcji może również spełniać funkcję czyszczenia rowków szyn wodą pod bardzo dużym ciśnieniem. Jednakże już w samym opisie pod cyfrą 4 jest mowa, że pojazd wyposażony jest w polewaczkę umiejscowioną z przodu pojazdu. Izba za zamawiającym uznała, że brak jest możliwości przypisania polewaczce samochodowej możliwości pracy z ciśnieniem do 1000 barów, a nadto urządzenie do wysokociśnieniowego czyszczenia rowków szyn nie jest umiejscowione z przodu pojazdu, lecz w jego środkowej części. W Wykazie dostaw złożonym przez odwołującego mowa jest w pozycji 1 o dostawie pojazdu dwudrogowego asenizacyjnego wielofunkcyjnego, a w pozycji 2 o dostawie pojazdu dwudrogowego, asenizacyjnego wielofunkcyjnego z przeznaczeniem również do innych zastosowań do funkcjonalności i zabudowy. Podkreślić należy także, że wskazane pojazdy na materiałach poglądowych nie są tymi, które na rysunku technicznym przedstawił odwołujący. Jeśli chodzi o referencje to ich celem nie jest potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale mają potwierdzać, że dostawa pojazdów wskazanych w wykazie została należycie wykonana. Izba uznała, że brak jest nadto spójności pomiędzy Wykazem, a przedłożonymi referencjami. Zamawiający prowadząc postępowanie wyjaśniające uzyskał informacje od b. Dyrektora UAB "TOP RAILS" sp. z o.o. Oddział w Polsce (będącej kontynuatorem działalności spółki UAB "VITRAS-S" Zamknięta Spółka Akcyjna Oddział w Polsce - dalej UAB "VITRAS-S"), dotyczących referencji wystawionych przez spółkę UAB "VITRAS-S, wystawionych w dniu 17.09.2019 r. oraz 09.06.2020r. spółce COPMA POLSKA Sp. z o.o., ul. Halicka 9, 31-036 Kraków. Z uzyskanych wyjaśnień w żaden sposób nie wynika, że odwołujący dostarczył do tego podmiotu pojazd dwudrogowy do czyszczenia rowków szyn oraz przestrzeni między szynowej wodą pod ciśnieniem ponad 600 barów, lecz pojazdem do wykonywania zgrzewania szyn oraz do zawieszania sieci trakcyjnej. Dostarczone pojazdy asenizacyjne o których mowa w Wykazie są pojazdami wielofunkcyjnymi z przeznaczeniem do różnych zastosowań lecz nie są pojazdami do czyszczenia rowków szyn wodą pod ciśnieniem oraz przestrzeni międzyszynowej. Fakt, że taki pojazd, jak wskazuje odwołujący posiada zbiornik z wodą nie przesądza o jego przeznaczeniu zgodnie z wymogiem zamawiającego.

Podkreślić należy, że ocenie Izby podlegał wymóg opisany w warunku udziału, czy wykazany w nim pojazd był dostarczony jako pojazd do wysokociśnieniowego czyszczenia rowków szyn tramwajowych. W oparciu o analizę dokumentacji postępowania w tym i dowodu

złożonego przez odwołującego na rozprawie nie da się wywieść spełnienia warunku udziału opisanego w SIWZ. Treść Wykazu dostaw w żaden sposób nie potwierdziła, że odwołujący posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Stwierdzić należy także, iż nic takiego nie da się wywieść również z informacji b. Dyrektora oddziału spółki. Nadto uzasadnione wątpliwości budzi treść uzupełnionych referencji z dnia 09 czerwca 2020 roku, gdzie wskazano dostawę pojazdu będącego odwzorowaniem opisu przedmiotu zamówienia z tego postępowania w sytuacji kiedy data referencji jest wcześniejsza niż data wszczęcia postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba w wyniku oceny dokumentacji postępowania, stanowisk stron, a także dowodów przedłożonych na rozprawie uznała, że podjęta przez zamawiającego czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu odpowiada prawu, jest słuszna, a przedstawiona argumentacja i wywodzenie wniosków ze stanu faktycznego znajdują oparcie w materiale dowodowym. Powyższe ustalenia zamawiającego Izba w pełni podziela.

W zakresie podstawy odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o przepis art 89 ust.1 pkt 2 Pzp to Izba stwierdza, że w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania to w oparciu o przepis art. 24 ust.4 Pzp ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. Tym samym jakiegokolwiek rozpatrywanie tego zarzutu nie ma wpływu na wynik tego postępowania. W tej konkretnej sytuacji wskazać należy, że niezasadnym jest wskazywanie na podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, gdyż z analizy treści uzasadnienia podstaw odrzucenia wynika, że pewne wady w treści oferty są w nierozłączny sposób związane z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że ustawa Pzp wyraźnie oddziela warunki udziału w postępowaniu od niezgodności treści oferty z SIWZ. Tym samym brak jest podstaw do wywodzenia zarzutu niezgodności oferty z SIWZ w sytuacji, kiedy podstawą oceny jest kwestia braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z faktem iż odwołanie zostało oddalone w całości to tym samym całością kosztów postępowania został obciążony odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: .....