

WYROK

Warszawa, 24 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
3 lutego 2025 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Śrubena Unia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, Produkcja Elementów Złącznych Connector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu oraz Górnicza Fabryka Narzędzi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzynie Podlaskim
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
z siedzibą w Warszawie
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Moris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa w latach 2025 i 2026 akcesoriów torowych metalowych” -

Nr postępowania: 6060/ILG 6/14204/03618/24/P, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane 18 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 561439-2024, numer wydania Dz.U. S: 182/2024.

3 lutego 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Śrubena Unia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, Produkcja Elementów Złącznych Connector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu oraz Górnicza Fabryka Narzędzi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzynie Podlaskim (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie w zakresie Zadania nr 3 postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w związku z art. 118 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Moris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) z postępowania mimo, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, określonych w Rozdziale X ustępie 2 punkcie 4 SWZ oraz Rozdziale XI ust. 4 pkt 1 lit. b) SWZ dotyczącym Zadania nr 3,

2.art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 3, oferty Przystępującego, w sytuacji w której powinna ona ulec odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 3
i odrzucenia oferty Przystępującego.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał:

Przystępujący zaoferował wkręty kolejowe typu 49A i 60A producenta Schraubenwerk Zerbst GmbH z siedzibą w Zerbst, który jest też podmiotem udostępniającym zasoby ww. wykonawcy w zakresie zdolności technicznych w postępowaniu. 16 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego, ale 27 grudnia 2024 r. w związku z wątpliwościami co do jej zgodności z SWZ unieważnieni czynności wyboru w zakresie zadania nr 3 i przystąpił do ponownego badania ofert. Następnie pismem z 31 grudnia 2024 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących:

- potwierdzenia w złożonej Deklaracji Właściwości Użytkowych, że przedmiot dostawy (wkręty) spełnia wymagania normy PN-K-80021:1989,
- wskazania dokładnych dat (dnia, miesiąca i roku) zrealizowanych dostaw dla odbiorcy 4BFinanse Sp. z o.o. wykazanych w złożonym „Wykazie dostaw” oraz
- przedstawienia dokumentów potwierdzających, że rzeczne wkręty mogły być przedmiotem obrotu w Polsce przed datą wystawienia Krajowej Oceny Technicznej oraz Deklaracji Właściwości Użytkowych.

Po otrzymaniu od ww. wykonawcy pismem z 7 stycznia 2025 r. wyjaśnień i nowych dokumentów, Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty Przystępującego.

Zarówno treść oferty Przystępującego, jak i udzielone pismem z 7 stycznia 2025 r. wyjaśnienia i dokumenty w dalszym ciągu nie pozwalają na uznanie jej za zgodną z SWZ. Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez Przystępującego w części Zadania nr 3, jako złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp).

Zgodnie z Rozdziałem X ust. 2 pkt 4 w zakresie posiadanej zdolności technicznej

lub zawodowej Zamawiający uzna warunek udziału wykonawcy w postępowaniu za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował lub realizuje należycie dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, przy czym za takie dostawy Zamawiający uzna dostawy polegające na dostarczeniu w zakresie (...) Zadania nr 3: nowych wkrętów kolejowych typu 49A i 60A na kwotę — 1 000. 000,00 PLN netto (w ramach jednej lub kilku umów)”.

Zgodnie natomiast z Rozdziałem XI ust. 4 pkt 1 lit. b) SWZ „w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, określonego w Rozdziale X ust. 2 pkt 4 SWZ: wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, 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 lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy”.

W ramach wykazania zdolności technicznych i zawodowych Przystępujący w ofercie złożył „Wykaz dostaw” wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby, Schraubenwerk Zerbst GmbH na rzecz spółek: Track Tec Koltram sp. z o.o. z siedzibą w Zawadzkich oraz 4BFinanse sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz dokumenty mające stanowić dowody ich należytego wykonania.

Nawet pobieżna weryfikacja podanych informacji zawartych w „Wykazie Dostaw”

i dokumentach załączonych do oferty, a także pisma Przystępującego z 7 stycznia 2025 r. prowadzi do wniosku, że są niewiarygodne i ze sobą sprzeczne, i nie mogą odzwierciedlać faktycznych transakcji między kontrahentami.

W zakresie „referencji” mających dotyczyć spółki Track Tec Koltram sp. z o.o. – dokument ten należy rozpatrywać wyłącznie w kategorii pomyłki. Nie stanowi on bowiem referencji spółki Track Tec Koltram sp. z o.o. dokumentującej dostawy wkrętów wykonane na jej rzecz przez Schraubenwerk Zerbst GmbH, lecz referencje Schraubenwerk Zerbst GmbH wystawione

na rzecz Track Tec Koltram sp. z o.o. dokumentujące dostawy przez tą spółkę wykonane. Nie może więc wywoływać jakichkolwiek skutków w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału Przystępującego w postępowaniu.

W zakresie dokumentów odnoszących się do dostaw wykonywanych na rzecz 4BFinanse

sp. z o.o., tj. „Wykazu dostaw” (zał. nr 9 do SWZ), referencji oraz dokumentów załączonych do pisma z 7 stycznia 2025 r., Odwołujący wskazał, że są one wewnętrznie sprzeczne i nie potwierdzają one wykonanych dostaw w zakresie

wymaganym przez SWZ.

Po pierwsze, Przystępujący w piśmie z 7 stycznia 2025 r. oraz oświadczeniu Schraubenwerk Zerbst GmbH z 2 stycznia 2025 r. (stanowiącego załącznik do pisma z 7 stycznia 2025 r.) wskazuje na wykonanie 22 października 2024 r. dostawy na rzecz 4BFinanse sp. z o.o.

z siedzibą w Sosnowcu 40.000 sztuk wkrętów typu 60A (podkreślić należy, że jest to jedyna dostawa tego typu wkrętów, pozostałe odnoszą się do wkrętów 49A). Na dowód powyższego, do pisma z 7 stycznia 2025 r. załączył dokument „Delivery Note” („Dowód Dostawy”) wraz

z tłumaczeniem na język polski. Dokument ten co prawda jest wystawiony przez podmiot udostępniający zasoby z datą 22 października 2024 r. i zawiera jako adres przeznaczenia przesyłki siedzibę firmy 4BFinanse sp. z o.o. w Sosnowcu, ale pieczęć firmy spedycyjnej znajdująca się na ww. dokumencie zawiera datę 30 października 2024 r.

Tym samym nie ma faktycznej możliwości, by dostawa wkrętów typu 60A – zgodnie

z wymaganiami SWZ – została zrealizowana „przed terminem składania ofert”, tj. przed dniem 25 października 2024 r., skoro jeszcze 30 października 2024 r. Przesyłka znajdowała się w transporcie. Pojęcie dostawy obejmuje zgodnie z definicją ustawową zawartą art. 605 kodeksu cywilnego również odbiór rzeczy przez odbiorcę, a ten z całą pewnością nie nastąpił przed terminem składania ofert. Kontrahent nie miał też możliwości zweryfikowania przed terminem złożenia oferty takiej przesyłki, nie mógł więc stwierdzić, czy dostawa została należycie wykonana.

Istotne, że Przystępujący w wyjaśnieniach z 7 stycznia 2025 r. załączył dokument „nadawczy” od producenta, nie zaś protokół zdawczo – odbiorczy przekazania wkrętów kontrahentowi, który wydaje się oczywisty dla potwierdzenia dostawy. Potwierdza to stanowisko Odwołującego w powyższym zakresie.

Z ostrożności wskazać należy, że nie będzie miał zastosowania Rozdział XI ust. 4 pkt 1 lit. b) SWZ dotyczący „uznania” dostaw w trakcie ich wykonywania („wykonywanych”), gdyż

ta przesłanka odnosi się wyłącznie do „świadczeń powtarzających się lub ciągłych”, a z takimi z całą pewnością nie mamy do czynienia, chociażby z tej przyczyny, że dostawa z października 2024 jest jedyną dostawą, która odnosi się do wkrętów typu 60A.

Już sam fakt niewykonania zgodnie z SWZ (tj. przed terminem składania ofert) zamieszczonej na „Wykazie” dostawy 40.000 sztuk wkrętów typu 60A z października 2024 r. powoduje,

że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych.

Wkręty produkcji Schraubenwerk Zerbst GmbH nie mogły być w ogóle legalnie wprowadzone do obrotu na terenie Polski przed 24 października 2024 r. Przedmiotowe wkręty stanowią wyroby budowlane w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1570 z późn. zm.), dalej w skrócie: uow. Zasady wprowadzania do obrotu lub udostępniania na rynku krajowym wyrobów budowlanych, określa ww. ustawa oraz przepisy wykonawcze do tej ustawy. Zgodnie z art. 5 ust. 1 tej ustawy, wyrób budowlany objęty normą zharmonizowaną lub zgodny z wydaną dla niego europejską oceną techniczną może być wprowadzony do obrotu lub udostępniony na rynku krajowym wyłącznie zgodnie z przepisami Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 305/2011 z 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego Dyrektywę Rady 89/106/EWG.

Jeżeli wyrób budowlany nie jest objęty normą zharmonizowaną, to taki wyrób budowlany może być wprowadzony do obrotu lub udostępniony na rynku krajowym, jeżeli został, zgodnie

z art. 5 ust. 2 uow, oznakowany znakiem budowlanym. Oznakowanie znakiem budowlanym może być umieszczone wyłącznie na wyrobie budowlanym, dla którego producent sporządził Krajową Deklarację Właściwości Użytkowych.

Z kolei Krajową Ocenę Techniczną zgodnie z art. 9 uow wydaje się dla wyrobu budowlanego nieobjętego zakresem przedmiotowym Polskiej Normy wyrobu, albo jeżeli w odniesieniu

do co najmniej jednej zasadniczej charakterystyki wyrobu budowlanego metoda oceny przewidziana w Polskiej Normie wyrobu nie jest właściwa, albo jeżeli Polska Norma wyrobu nie przewiduje metody oceny w odniesieniu do co najmniej jednej zasadniczej charakterystyki wyrobu budowlanego. W powyższej sytuacji Krajowa Ocena Techniczna stanowi obligatoryjny element Krajowej Deklaracji Właściwości Użytkowych.

Krajową ocenę techniczną wydaje się, zmienia i przedłuża po przeprowadzeniu postępowania w sprawie wydania krajowej oceny technicznej na podstawie oceny właściwości użytkowych wyrobu budowlanego i przewidywanej trwałości zidentyfikowanego wyrobu budowlanego potwierdzonych, w zależności od potrzeb, badaniami i obliczeniami z uwzględnieniem zharmonizowanych metod badań i obliczeń, oględzinami, opiniami ekspertów lub innymi dokumentami, uwzględniając w tej ocenie mające zastosowanie przepisy, w tym przepisy techniczno-budowlane, oraz zasady wiedzy technicznej (por. art. 9 ust. 5 uow).

Podkreślić należy, że złożona przez Przystępującego i załączona do oferty jako przedmiotowy środek dowodowy, Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych nr 1/IK-KOT2024/0201/2024 dotycząca przedmiotowych wkrętów została

wystawiona 24 października 2024 r., czyli dzień przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu. Podstawą wystawienia

ww. dokumentu – co wynika z jego treści (pkt 7b) - jest tzw. Krajowa Ocena Techniczna

nr IK-KOT-2024/0201 wydanie 1 z 23 października 2024., czyli wydana dwa dni przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu (i jest to pierwsze wydanie Oceny).

Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że wkręty aktualnie oferowane przez Przystępującego – nie posiadając wydanej przez producenta Krajowej Deklaracji Właściwości Użytkowych (wydanej w oparciu o Krajową Ocenę Techniczną) - nie mogły być przedmiotem legalnego obrotu na terenie Polski przed dniem 24 października 2024 r., gdyż nie mogły być udostępnione na rynku krajowym. Wykluczyć także należy by przedmiotem takiego obrotu mogły być inne wkręty typu 49A i 60A, gdyż żadne tego rodzaju wyroby producenta Schraubenwerk Zerbst GmbH nie były dopuszczone do obrotu na terenie Polski (producent ten mógł ewentualnie zbywać wkręty 49A i 60A zakupione na rynku wtórnym, lecz wówczas nie byłyby to wyroby „nowe” – jak wymagają tego zapisy SWZ).

Okoliczność ta w praktyce wyklucza, by informacje zawarte w „Wykazie dostaw” (zał. nr 9 do SWZ) oraz złożonych referencjach dokumentujących posiadane zdolności techniczne

lub zawodowe Przystępującego, odnosiły się do dostaw „odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”, jak wymaga tego zapis Rozdziału X ust. 2 pkt 4 SWZ.

Wynika to z faktu, że – jak wskazano wyżej – wkręty oferowane w tym postępowaniu, wyprodukowane przez Schraubenwerk Zerbst GmbH nie mogły być „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert” zakupione w Polsce z uwagi na wydanie Krajowej Deklaracji Właściwości Użytkowych dopiero na jeden dzień przed terminem składania ofert.

Tym samym jedyną racjonalną wykładnią dokumentów złożonych przez Przystępującego i podmiot udostępniający zasoby, Schraubenwerk Zerbst GmbH prowadzi do wniosku,

że oświadczenia w nich zawarte są niezgodne ze stanem faktycznym. Przy tym, nawet jeżeli przyjąć, że do przedmiotowych dostaw przed 24 października 2024 r. faktycznie dochodziło, to naruszałaby one bezwzględnie obowiązujące przepisy polskiej ustawy, co nie zasługuje na jakąkolwiek ochronę prawną.

Przystępujący wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz wezwany

do przedstawienia dokumentów potwierdzających, że rzeczony wkręty mogły być przedmiotem obrotu w Polsce przed datą wystawienia Krajowej Oceny Technicznej oraz Deklaracji Właściwości Użytkowych, jakichkolwiek dokumentów w tym zakresie nie przekazuje. Wyjaśnia jedynie (por. pkt 3 pisma z 7 stycznia 2025 r.), że wkręty „były przedmiotem obrotu (jak się można domyślać obrotu „faktycznego”- przyp. Odwołujący) pomiędzy Schraubenwerk Zerbst a spółką 4BFinanse sp. z o.o. oraz Schraubenwerk Zerbst

a Track Tec Koltram sp. z o.o.”. Nie odnosi się jednak do zgodności z polskim prawem takich dostaw. Brak złożenia żądanych dokumentów i „wymijająca” odpowiedź nie wywołała jednak żadnej reakcji ze strony Zamawiającego, który ostatecznie dokonuje wyboru produktów tego wykonawcy.

Na marginesie wskazać należy, że nie ma racji Przystępujący twierdząc, że jeżeli wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie jest w stanie uzyskać dokumentów potwierdzających wykonanie dostaw, wiążące jest jego oświadczenie jako wykonawcy. W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący dostarczył bowiem dokumenty od podmiotów, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, lecz dokumenty te nie potwierdzają „zgodności” dostaw z wymogami SWZ. Nie wykazał też, by uzyskanie innych dokumentów było niemożliwe z przyczyn od niego niezależnych.

20 lutego 2025 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wnioś

o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający nie określił ilości referencji, których wymaga od każdego z wykonawców (istotny był rodzaj asortymentu oraz łączna wartość), dlatego referencje Track Tec Koltram Sp. z o.o. zostały pominięte przy badaniu i nie były brane pod uwagę. Referencje 4B Finance sp. z o.o. spełniały wymagania Zamawiającego w tym zakresie i potwierdzały spełnienie warunku opisanego w SWZ.

W odniesieniu do zarzutu nieproporcjonalności dostaw wkrętów 60A oraz 49 A Zamawiający wskazał, że w dokumentach przetargowych nie zawarł wymagania ilościowego (lub też wymaganej proporcji ww. dwóch rodzajów wkrętów) w odniesieniu do poszczególnych rodzajów wyrobu. Wymaganie dotyczyło dostarczenia wyrobów łącznie na kwotę min.

1 000 000 PLN w ciągu ostatnich trzech lat. Ponadto w załączonym przez wykonawcę wykazie dostaw tylko poz. pierwsza może być traktowana jak niezrealizowana przed terminem składania ofert. Pozostałe pozycje spełniają wymagania Zamawiającego, również pod kątem terminu dostawy. Dodatkowo nieprawdą jest, że pozostałe pozycje w wykazie dostaw dotyczą wyłącznie wkrętów 49A. Pozycja 8 zrealizowana w maju 2024 również dotyczy dostawy wkrętów 60A. Jednocześnie Suma dostaw bez pozycji 1. z Wykazu dostaw wypełnia wymaganie postawione przez

Zamawiającego co do wartości dostaw.

Zamawiający nie określił (w tym nie zawęził dopuszczalnego katalogu) dokumentu jakim wykonawca ma potwierdzić wykonanie dostaw. Przedstawienie wykazu dostaw wraz referencją podmiotu, na rzecz którego dostawa była realizowana jest wystarczającym dowodem prawidłowości zrealizowania zamówienia.

Z wykazu dostaw wynika, że w maju 2024 została zrealizowana dostawa 13200 sztuk wkrętów 60A. Ponieważ Zamawiający nie określał wielkości asortymentu w dostawach, a tylko zawarł zapis o dostawach wkrętów 60A i 49 A (bez określania ilości poszczególnych typów) twierdzenie, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest nieprawdziwe.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym m.in. z Rozporządzeniem CPR (Construction Products Regulation) oraz Ustawą z 16 kwietnia 2000 r. o wyrobach budowlanych, produkt nieobjęty normą zharmonizowaną, dla którego nie wydano Europejskiej Oceny Technicznej, może być wprowadzony do obrotu tylko wtedy, gdy został oznaczony znakiem budowlanym. Jest on przyznawany tym produktom, których parametry zostały zweryfikowane zgodnie z metodologią oraz wytycznymi opisanymi w Polskiej Normie (PN). Jeśli jej nie opracowano, to podobnie jak w przypadku normy EN, producent musi wystąpić o wydanie dla niego krajowej oceny technicznej (KOT), czyli udokumentowanej, pozytywnej oceny właściwości użytkowych zasadniczych charakterystyk wyrobu budowlanego. Krajowa Ocena Techniczna wydawana jest dla tych produktów, które nie są objęte zakresem Polskiej Normy. Dla wyrobu pod nazwą wkręt kolejowy opracowana została polska norma PN-K-80021:1989. Jeżeli producent złożył Deklarację właściwości użytkowych na zgodność z tą normą to na własną odpowiedzialność potwierdza, że wyrób posiada cechy i właściwości tą normą wymagane. Czyli KOT jest dokumentem obligatoryjnym w przypadku braku Polskiej Normy, co w tym przypadku nie zachodzi.

Przedstawiona przez Przystępującego Deklaracja Właściwości Użytkowych została wystawiona na zgodność z dwoma dokumentami. Pierwszym z nich jest norma PN-K80021:1989, drugim IK-KOT-2024/0201/2014. Ponieważ postanowienia normy spełniają wymagania Zamawiającego zamieszczone w dokumentach przetargowych należy przyjąć, że KDWU wystawiona na zgodność z tą normą spełnia oczekiwane wymagania.

IK-KOT został opracowany na zgodność z normą PN-EN10025-2:2019 Wyroby walcowane

na gorąco ze stali konstrukcyjnych -- Część 2: Warunki techniczne dostawy stali konstrukcyjnych niestopowych, która zawiera zapisy na temat wymagań dla materiału,

z którego wykonuje się metalowe elementy nawierzchniowe. Jest to dokument dodatkowy, którego Zamawiający w SWZ nie wymagał.

Postanowienie w Wykazie dostaw dla firmy 4B Finance potwierdza, że dostarczane wkręty były zgodne z wymaganiami normy PN-K-80021:1989. Tym samym producent bierze pełną odpowiedzialność za produkt, a także, że produkt ten został wcześniej przebadany

na zgodność z powyższą normą. Był więc dopuszczony do obrotu na terenie Polski i mógł być dostarczany przed datą opracowania IK-KOT. Ponadto i jedynie już na marginesie Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy o wyrobach budowlanych, wyrób budowlany nieobjęty zakresem przedmiotowym zharmonizowanych specyfikacji technicznych, o których mowa w art. 2 pkt 10 rozporządzenia Nr 305/2011, może być udostępniany na rynku krajowym, jeżeli został legalnie wprowadzony do obrotu w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stronie umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz Turcji, a jego właściwości użytkowe umożliwiają spełnienie podstawowych wymagań przez obiekty budowlane zaprojektowane i budowane w sposób określony w przepisach techniczno-budowlanych oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej.

Do Zamawiającego nie należy ocena zgodność dostaw dla innych podmiotów

z obowiązującymi w Polsce przepisami prawa, ponieważ nie należy to do jego kompetencji czy uprawnień. Zamieszczone zgodnie z SWZ referencje potwierdzające prawidłowość dokonanych dostaw są dla Zamawiającego wystarczające do zweryfikowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Gdyby taka nieprawidłowość, jak sugeruje Odwołujący zaistniała, to powstałby spór pomiędzy 4B Finance oraz dostawcą wkrętów, co nie jest przedmiotem postępowania pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie

odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody pisemne.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie istotnym dla oceny zarzutów odwołania Izba wskazuje następujące postanowienia SWZ:

Rozdział X

2. Zgodnie z art. 112 ust. 2 Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej

– w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował lub realizuje należycie dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, przy czym za takie dostawy Zamawiający uzna dostawy polegające na dostarczeniu w zakresie:

- Zadania nr 3 - nowych wkrętów kolejowych typu 49A i 60A na kwotę —
1 000 000,00 PLN netto, (w ramach jednej lub kilku umów)

Ocena spełniania powyższych warunków nastąpi zgodnie z formułą „spełnia – nie spełnia” na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale XI SWZ.

Rozdział XI

3. Wymagania Zamawiającego w zakresie przedmiotowych środków dowodowych:

1) Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

a) W zakresie wprowadzenie do obrotu – dokumentów potwierdzających wprowadzenie produktu do obrotu w Polsce w sposób zapewniający pozytywną weryfikację podsystemu, w rozumieniu technicznych specyfikacji interoperacyjności kolei, czego dowodem są:

- Dla akcesoriów z Zadania 3 - Świadcstwo dopuszczenia do eksploatacji typu budowli UTK/GIK, lub Krajowa Deklaracja właściwości użytkowych

4. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

1) w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu:

2. w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału

w Postępowaniu, określonego w Rozdziale X ust. 2 pkt 4 SWZ: wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, 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 lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających,

czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane,

a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane,

a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Między stronami nie było sporu co do faktu, że złożony przez Przystępującego wykaz dostaw na rzecz Track Tec Koltram sp. z o.o. z siedzibą w Zawadzkiej ze względu na nieprawidłowy dokument referencji na potwierdzenie należytej realizacji tych dostaw, nie kwalifikował

się do oceny w ramach wykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Dlatego dla oceny sposobu wykazania spełnienia przez Przystępującego warunku udziału

w postępowaniu znaczenie miał wykaz dostaw wykonanych przez Schraubenwerk Zerbst GmbH na rzecz 4B-Finanse sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu. W wykazie tym Przystępujący wymienił następujące dostawy zrealizowane w 2024 r.:

1. Wkręt kolejowy P-49A na kwotę 279 445,00 EUR,

2. Wkręt kolejowy P-60A na kwotę 36 708,00 EUR.

Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że ujęte w wykazie na rzecz ww. podmiotu dwie dostawy składały się łącznie z trzynastu zamówień obejmujących wkręty obydwu typów. Na potwierdzenie należytej realizacji dostaw Przystępujący złożył referencje, przy czym Izba uznała, że wbrew stanowisku Odwołującego, referencje te były prawidłowe i potwierdzały należyłą realizację dostaw na rzecz 4B-Finanse sp. z o.o.

z siedzibą w Sosnowcu. Odwołujący nie miał podstaw oczekiwać, że w treści referencji znajdzie się informacje przekraczające potwierdzenie należytej realizacji dostaw. Przepisy prawa nie określają minimalnego zakresu referencji, nie zawierają również wymogów

co do minimalnej zawartości referencji. Dokument ten służy wyłącznie potwierdzeniu należytej realizacji określonego zadania, a taki wymóg spełniały referencje złożone przez Przystępującego na potwierdzenie prawidłowości dostaw na rzecz 4B-Finanse sp. z o.o.

z siedzibą w Sosnowcu.

Zamawiający odnosząc się w odpowiedzi na odwołanie do zarzutu, że nie wszystkie dostawy wykazane przez Przystępującego zostały zrealizowane przed upływem terminu składania ofert wskazał:

„Ponadto, należy jednoznacznie podkreślić, że w załączonym przez wykonawcę wykazie dostaw tylko poz. pierwsza może być traktowana jak niezrealizowana przed terminem składania ofert. Pozostałe pozycje spełniają wymagania Zamawiającego, również pod kątem terminu dostawy”.

Izba oceniła stanowisko Zamawiającego z uwzględnieniem faktu, że w odwołaniu Odwołujący nie kwestionował tego, że Przystępujący wartość dostaw na rzecz 4B-Finanse sp. z o.o.

z siedzibą w Sosnowcu określił w euro, a nie w złotych. Taka argumentacja pojawiła

się dopiero w toku rozprawy, ale jako wykraczająca poza zakres zarzutów odwołania, została przez Izbę pominięta.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała (w zakresie zarzutów odwołania), że Odwołujący niezasadnie twierdził, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału

w postępowaniu.

Z koeli twierdzenia Odwołującego, że „wkręty produkcji Schraubenwerk Zerbst GmbH nie mogły być w ogóle legalnie wprowadzone do obrotu na terenie Polski przed 24 października 2024 r.” Izba uznała za niezasadne i w konsekwencji oddaliła również tą część zarzutu, uznając ją za nieudowodnioną.

W zakresie ww. zarzutu to na Odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia, że dostawy wykonawcę przez Schraubenwerk Zerbst GmbH dotyczyły wkrętów, które nie mogły być przedmiotem legalnego obrotu w Polsce. W tym zakresie Izba uznała za zasadne i mające oparcie w przepisach prawa stanowisko Zamawiającego, który szczegółowo uzasadnił przyczyny, dla których uznał stanowisko Odwołującego w tej części zarzutu za nieprawidłowe.

Odwołujący natomiast nie udowodnił swoich twierdzeń, poprzestając jedynie na oparciu zarzutu na swoich domniemaniach i domysłach.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut uznając, że nie został on udowodniony przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący