

WYROK
z dnia 06 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Młacka**

Członkowie: **Jolanta Markowska**
Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Patrycja Kaczmarek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**PESA**” Pojazdy Szynowe Bydgoszcz S.A Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. **Zygmunta Augusta 11**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Marszałkowski Województwa Pomorskiego, 80-810 Gdańsk, ul. Okopowa 21/27**, protestu

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża „PESA” Pojazdy Szynowe Bydgoszcz S.A Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11

1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez „**PESA**” Pojazdy Szynowe Bydgoszcz S.A Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. **Zygmunta Augusta 11**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 3) dokonać zwrotu kwoty zł **10556,00** gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**PESA**” Pojazdy Szynowe Bydgoszcz S.A Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. **Zygmunta Augusta 11**.

Uzasadnienie

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. w związku z art. *art. 180 ust. 2, art. 180 ust. 7, art. 27 ust. 1 PZP w zw. z art. 180 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 7 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych*

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

2

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego. Protest w tym zakresie został złożony do Zamawiającego w dniu 19 lutego 2010 r. Zamawiający odrzucił złożony

protest w dniu 1 marca 2010 r. Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu w dniu 11 marca 2010 r. (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył odwołanie kierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopię przekazał Zamawiającemu w tym samym dniu.

KIO stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku potwierdzenia się, że czynności dokonane przez Zamawiającego – niewykluczenie i uznanie za najkorzystniejszą oferty firmy konkurencyjnej - NEWAG S.A. - są niezgodne z prawem oraz w przypadku uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, sytuacja prawna Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegałaby zmianie, dając odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Na wstępie Izba stwierdziła, że Zamawiający niezgodnie z art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 7 Pzp dokonał odrzucenia protestu wniesionego przez Odwołującego. Odwołujący wniósł protest w terminie, na co wskazuje przedłożony raport przesłania faksem na numer faksu Zamawiającego, tj. raport wysłania (wskazujący m.in., że przesłane zostały 23 strony tekstu) i pierwsza strona zawierająca treść protestu. Ponadto Odwołujący przesłał treść protestu drogą elektroniczną, wypełniając tym samym przesłankę z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, która stanowi, że „Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią”. Nie ma zatem podstaw by twierdzić, że Zamawiający nie otrzymał treści protestu w sposób umożliwiający zapoznanie się przez Zamawiającego z treścią protestu. Z treści potwierdzenia przesłania faksu wysłanego przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający miał świadomość, że przesyłana była do niego treść protestu i potwierdził otrzymanie jej części. W toku postępowania Odwołujący wykazał, że dokonał wszelkich możliwych czynności związanych z wniesieniem protestu – przesłał jego treść faksem, drogą elektroniczną, nadał u operatora pocztowego, poinformował telefonicznie Zamawiającego o przesyłaniu protestu. Dlatego Izba stwierdziła, iż nie zachodzą w tym przypadku przesłanki do odrzucenia protestu.

Biorąc pod uwagę treść środków ochrony prawnej złożonych w przedmiotowej sprawie, Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

Odwołujący **zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

- **art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 Ustawy prawo zamówień publicznych** poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że przedstawione w załączonym do oferty wykazie (załącznik nr 6 do SIWZ, załącznik nr 7 do oferty) dostawy potwierdzają spełnienie przez firmę NEWAG S.A. warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia polegającego na „wykonaniu i dostawie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 100 miejscami siedzącymi dla podróżnych oraz co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 150 miejscami siedzącymi dla podróżnych, które byłyby przystosowane konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich”, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego nie wykluczenia NEWAG S.A. z postępowania, jako wykonawcy, który nie posiada niezbędnego doświadczenia;
- art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych) poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie z przedmiotowego postępowania NEWAG S.A. z powodu złożenia przez NEWAG S.A. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania zawartych w treści załącznika nr 7 do Oferty
- art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego niezastosowanie i nieodrżucenie oferty NEWAG S.A. jako złożonej przez Wykonawcę, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu
- art. 7 ust. 3 PZP poprzez wybór oferty NEWAG S.A. w sposób sprzeczny z przepisami prawa, co skutkować będzie udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z PZP

i domagał się:

- 1) dokonania powtórnego badania i oceny ofert;
- 2) wykluczenia z postępowania NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu oraz odrzucenie jego oferty;
- 3) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z ustalonym w niniejszej sprawie stanem faktycznym, Zamawiający wskazał w § 4 ust. 1 pkt 1) SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają wymagania określone w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2007 nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), a w szczególności: „wykonali i dostarczyli w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia

4

postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 100 miejscami siedzącymi dla podróżnych oraz co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 150 miejscami siedzącymi dla podróżnych, które były przystosowane konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich”.

Taki zapis w SIWZ spowodował, iż powstały, zdaniem Odwołującego, wątpliwości odnośnie interpretacji pojęcia „wykonali i dostarczyli” w kontekście cechy „nowości” zamawianych pojazdów.

Odwołujący, uściślając swoje stanowisko, wskazał, że pojęcie „wykonali”, zapisane w SIWZ, należy rozumieć jako „zrobić coś”, „wyprodukować coś”, „wytworzyć”, powstanie nowych jednostek. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający oczekiwał wytworzenia pojazdu od nowa, z nowych elementów, w oparciu o dokumentację zawierającą projekty nowych pojazdów.

Pojęcia „wytworzyć”, zdaniem Odwołującego nie można utożsamiać z pojęciem pojazdu składającego się z elementów nowych i odzyskanych. Wytworzeniem pojazdu nie jest także wykonanie napraw głównych pojazdu, ponieważ dotyczy to pojazdów wcześniej wykonanych (wytworzonych).

Jak wykazuje Odwołujący w treści odwołania, firma NEWAG S.A. złożyła ofertę, w której przedstawiła - jako potwierdzenie uzyskanego doświadczenia w zakresie wykonania pojazdów szynowych – informację, iż wyprodukowała i dostarczyła pojazdy szynowe typu 14 WE. Zdaniem Odwołującego, w zakresie ww. pojazdów, firma NEWAG S.A. nie wytworzyła nowych pojazdów szynowych, a jedynie dostarczyła pojazdy szynowe zmodernizowane.

Powyższe potwierdza, zdaniem Odwołującego, treść środków odwoławczych złożonych w toku innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę 4 sztuk nowych, dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych” dla Województwa Świętokrzyskiego – w których firma NEWAG S.A. przyznała, iż nie wykonała jeszcze ani jednej dostawy „nowego” pojazdu trakcyjnego, a realizowane przez nią dostawy dotyczyły jednostek zmodernizowanych.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego firma NEWAG S.A. powinna zostać wykluczona, a w konsekwencji odrzucona w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż, zdaniem Odwołującego, nie spełnia warunku posiadania doświadczenia w zakresie wykonania nowych pojazdów szynowych.

Jak zauważa skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z brzmieniem art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wyklucza z postępowania tych wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w 5

postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków. Przede wszystkim SIWZ musi określać warunek oraz dokumenty, jakie są wymagane w celu wykazania spełnienia tego warunku. Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której Zamawiający wykluczy wykonawcę za niespełnienie warunku, którego nie postawił. Nie jest także dopuszczalna sytuacja, w której Odwołujący nadinterpretowuje treść warunku postawionego przez Zamawiającego.

Wbrew stanowisku przedstawionemu przez Odwołującego nie sposób uznać, aby Zamawiający postawił wykonawcom warunek, aby wykazali się oni doświadczeniem w zakresie wykonania i dostawy pojazdów nowych. Takie twierdzenie Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ.

Zamawiający w żadnym z warunków określonych w SIWZ nie wymagał, aby wykonawcy dokumentując doświadczenie, wykazali wykonanie pojazdów nowych. Zaś pojęcie wykonanie rozumiał jako wyprodukowanie.

Takie rozumienie warunków SIWZ potwierdził w toku postępowania Zamawiający.

Zamawiający przyznał, iż w toku postępowania przetargowego dwukrotnie dokonywał modyfikacji treści SIWZ w zakresie tego warunku. W pierwotnym brzmieniu SIWZ Zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy wykazali, iż „wykonali i dostarczyli (...) nie mniej niż 3 sztuki nowych SZT (dwuczłonowych lub trójczłonowych), które były przystosowane konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 120 km/h”. Jednak, jak przyznał w trakcie postępowania odwoławczego Zamawiający, zrezygnował on z wymogu dostarczenia pojazdów wykonanych wyłącznie z nowych elementów. Głównym celem tej modyfikacji była również chęć zwiększenia konkurencji pośród ewentualnych wykonawców.

Dopuszczył w postępowaniu możliwość dostarczenia pojazdów wykonanych ze starych i nowych części, temu także przyświecał cel wykonania modyfikacji treści SIWZ, w których Zamawiający zrezygnował z wymogu dostarczenia pojazdów wykonanych wyłącznie z nowych elementów.

Z załączonego przez NEWAG S.A. w niniejszym postępowaniu Świadectwa Nr T/2007/0136 dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydane w dniu 23 lipca 2007 roku przez Urząd Transportu Kolejowego wynika, iż NEWAG S.A. jest producentem pojazdów typu 14 WE. W w/w świadectwie NEWAG S.A. nie został wskazany jako podmiot, który wykonał naprawę główną z modernizacją, lecz jako producent pojazdów kolejowych. W treści przedmiotowego świadectwa nie ma żadnej wzmianki wskazującej na to, iż NEWAG S.A. występowałby w innym charakterze niż producent pojazdu, np. jako jedynie dostawca lub podmiot wykonujący remont. W przypadku, gdyby NEWAG S.A. wykonywał jedynie modernizację pojazdu już istniejącego, odpowiednia wzmianka zostałaaby umieszczona w treści świadectwa. Wzmianki

6

takiej w przedstawionym świadectwie brak. Treść przedmiotowego świadectwa jednoznacznie określa NEWAG S.A. jako producenta pojazdów kolejowych typu 14 WE. Z uwagi na jednoznaczne brzmienie przedstawionego dokumentu, w ocenie składu orzekającego Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że pojazd typu 14 WE jest wynikiem np. jedynie modernizacji pojazdu już istniejącego.

Świadectwo nr T/2007/0136 zostało wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Oznacza to, że jest to dokument urzędowy, a więc stanowi on dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone. Odwołujący nie zaskarżył prawidłowości wydawanych świadectw w trybie przewidzianym przepisami prawa.

W tym stanie rzeczy dokumenty znajdujące się w aktach postępowania potwierdzają, że NEWAG S.A. jest producentem pojazdów, a więc w ocenie składu KIO dokumenty te potwierdzają, że NEWAG S.A. jako producent pojazdy te wykonał.

W tym stanie rzeczy nieuzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP. W ocenie składu orzekającego Izby przedstawione przez NEWAG S.A. dokumenty potwierdzają spełnienie przez NEWAG S.A. postawionego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia posiadanego przez wykonawców.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych również jest nieuzasadniony. Oferta firmy NEWAG S.A. została oceniona przez Zamawiającego na podstawie złożonych dokumentów oraz wiedzy Zamawiającego w tym zakresie, które pozwoliły na wybór tego wykonawcy w oparciu o warunki ustanowione w SIWZ, z zachowaniem wszystkich zasad wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na fakt, że zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP nie znalazły potwierdzenia w niniejszym postępowaniu, za nieuzasadnione uznać należy również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 7 ust. 3 PZP.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....