Sygn. akt: KIO 1054/14

WYROK
z dnia 10 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2014 r. przez **wykonawcę – Modertrans Poznań Sp. z o.o., ul. Forteczna 2, 61-362 Poznań,** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Tramwaje Elbląskie Sp. z o.o., ul. Browarna 91, 82-300 Elbląg,**

przy udziale **wykonawcy – Remonty i Modernizacja Tramwajów Protram Wrocław Sp. z o.o, ul. Legnicka 65, 54-206 Wrocław,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Remonty i Modernizacja Tramwajów Protram Wrocław Sp. z o.o, ul. Legnicka 65, 54-206 Wrocław, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Tramwaje Elbląskie Sp. z o.o., ul. Browarna 91, 82-300 Elbląg** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę - Modertrans Poznań Sp. z o.o., ul. Forteczna 2, 61-362 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od **zamawiającego - Tramwaje Elbląskie Sp. z o.o., ul. Browarna 91, 82-300 Elbląg** na rzecz **wykonawcy - Modertrans Poznań Sp. z o.o., ul. Forteczna 2, 61-362 Poznań** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

---

sygn. akt: **KIO 1054/14**

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Elbląskie Sp. z o.o., ul. Browarna 91; 82-300 Elbląg, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Modernizacja wagonu tramwajowego trójczłonowego, dwukierunkowego, typu M8C”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 15 maja 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach

prowadzonego postępowania.

Dnia 26 maja 2014 roku wykonawca Modertrans Poznań Sp. z o.o., ul. Forteczna 2; 61-362 Poznań (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1) nieprawidłowym badaniu i ocenie ofert dokonanej przez zamawiającego, co miało wpływ na wynik postępowania;
2) nieodrzuceniu oferty złożonej przez spółkę Remonty i Modernizacja Tramwajów Protram Wrocław Sp. z o.o. (dalej: „Protram”), mimo że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: "SIWZ"), tj. Protram nie mógł zaoferować zamawiającemu designu czoła członów A i B identycznych, jak w wagonach tramwajowych eksploatowanych przez zamawiającego;
3) nieodrzuceniu oferty złożonej przez Protram, mimo że czynność prawna polegająca na złożeniu oferty przez Protram jest czynnością bezwzględnie nieważną;
4) niewykluczeniu z postępowania Protram, mimo iż wykonawca ten nie wykazał posiadania wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, tj. nie wykazał, że dokonał wymaganej przez zamawiającego modernizacji pojazdu szynowego typu M8C lub N8C;
5) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protram

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w szczególności: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 8), art. 91 ust. 1, art. 14 Pzp, art. 58 § 1 i 2 Kodeksu Cywilnego (dalej: "KC”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności dokonanego badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty Protram jako oferty najkorzystniejszej;

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
3. odrzucenie oferty Protram oraz wykluczenie wykonawcy Protram z postępowania.

Interes w uzyskaniu zamówienia.
Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, który złożył ważną ofertę w postępowaniu ma interes w uzyskaniu zamówienia. W przypadku, gdy oferta Protram zostanie odrzucona przez zamawiającego lub gdy wykonawca ten zostanie wykluczony z postępowania, oferta odwołującego zostanie wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Na skutek oceny ofert dokonanej przez zamawiającego odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W ten sposób interes Modertrans doznał uszczerbku.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Remonty i Modernizacja Tramwajów Protram Wrocław Sp. z o.o.

Zamawiający, pismem z dnia 4 czerwca 2014 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz złożone w pismach uczestnika postępowania odwoławczego, procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Wybór oferty Protram jako najkorzystniejszej stoi w sprzeczności z Pzp.

Design czoła członów identyczny jak design w wagonach eksploatowanych przez TE.

W załączniku nr 1 do SIWZ "Opis Przedmiotu Zamówienia" (dalej: "OPZ") Rozdział I pkt 1.4 Zamawiający określił, że "Przedmiotem zamówienia jest modernizacja wagonu tramwajowego trójczłonowego, dwukierunkowego typu M8C, polegająca na: wprowadzeniu nowego designu czoła członów A i B, który powinien być identyczny. jak w wagonach tramwajowych, tego typu, eksploatowanych przez zamawiającego". Ponadto zgodnie z Rozdziałem II OPZ pkt 1.12 "Modernizowany tramwaj musi charakteryzować się następującymi parametrami i posiadać następujące wyposażenie (jednakowo wykonany i wyposażony przez cały okres objęty umową): zmodyfikowane czoła wagonów A i B wagonu powinny posiadać nowoczesny, atrakcyjny wygląd i należy wykonać go z elementów kompozytowych. Design czoła, członów A i B, powinien być identyczny jak w wagonach tramwajowych, tego typu, eksploatowanych przez zamawiającego". Wszystkie części czołowe, członów A i B, w wagonach tramwajowych trójczłonowych, dwukierunkowych typu M8C aktualnie eksploatowanych przez zamawiającego zostały wykonane i dostarczone przez Modertrans według należącego do niej projektu (designu). Projekt (design) tych części czołowych został stworzony jeszcze w 2008 roku. W maju 2008 roku Modertrans wygrał przetarg (ogłoszony przez ZKM Gdańsk) na wykonanie modernizacji 46 tramwajów typu N8C (tramwaj taki sam jak M8C tylko przeznaczony na tor o rozstawie szyn (1435mm). W tym samym roku została podpisana umowa na wykonanie zlecenia modernizacji o numerze ZW/018/2008. Modernizacja miała obejmować m. in. wymianę części czołowych tramwaju. Już na etapie składania oferty (początek 2008 roku) Modertrans przygotował i przedstawił ZKM Gdańsk wizualizacje pokazujące wstępny wygląd tramwaju po modernizacji, w tym wstępny design nowych części czołowych tramwaju. Po wygraniu przez Modertrans postępowania przetargowego została stworzona pełna dokumentacja projektowa i konstrukcyjna nowej części czołowej pojazdu. Autorem tej dokumentacji jest pracownik Działu Konstrukcyjnego w Modertrans. Do jego obowiązków pracowniczych należy m. in. tworzenie i opracowywanie projektów elementów konstrukcyjnych pojazdów szynowych i autobusów, w szczególności związanych z ich modernizacją oraz tworzenie i opracowywanie dokumentacji projektowo-technicznej dla tych elementów. Dokumentacja czołowej przez Modertrans projektowa części tramwaju stworzona pracownika obejmowała elementy zewnętrzne z tworzywa sztucznego, częściowo konstrukcję podwozia, zderzaki pochłaniające energię zderzenia, klatkę bezpieczeństwa kabiny motorniczego,

szyby czołowe i czołowe boczne, wewnętrzne stelaże na aparaturę elektryczną, a także wewnętrzne wyłożenia kabiny motorniczego. W roku 2012 Modertrans wygrał przetarg na modernizację tramwaju Konstal 114Na, w którym wykorzystane zostały części czołowe jak zastosowane przy modernizacji tramwajów typu N8C dla ZKM Gdańsk. W 2013 roku Modertrans wygrał przetarg na modernizacje tramwajów typu M8C organizowany przez Zamawiającego i wykonał modernizację dwóch tramwajów typu M8C (tramwaj taki sam jak N8C tylko przeznaczony na tor o rozstawie szyn 1000 mm). Zakres modernizacji był niemal identyczny jak w przypadku tramwajów N8C dostarczanych dla ZKM Gdańsk i także obejmował zastosowanie części czołowych tramwajów według projektu (designu) autorstwa pracownika Modertrans. Projekt (design) części czołowych, członów A i B, w wagonach tramwajowych trójczłonowych, dwukierunkowych typu M8C aktualnie eksploatowanych przez zamawiającego został zaprojektowany przez pracownika Modertrans i na mocy art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: "Prawo Autorskie") całość autorskich praw majątkowych do tego designu (wzornictwa przemysłowego) przysługuje Modertrans. Na pracodawcę, którego pracownik stworzył utwór

w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy (tzw. utwór pracowniczy), przechodzą bowiem, z chwilą przyjęcia utworu, autorskie prawa majątkowe do takiego utworu. W związku z tym, na mocy art. 17 Prawa Autorskiego, Modertrans przysługuje wyłączne prawo do korzystania z tego designu, w tym wyłączne prawo do jego wykorzystywania przy wykonywaniu części czołowych tramwajów w związku z ich modernizacją i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu.

Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego, słowo "identyczny" oznacza "taki sam, jednakowy". Zgodnie zatem z OPZ, Zamawiający oczekiwał od wykonawców startujących w przetargu dostarczenia części czołowych tramwajów o designie takim samym jak części czołowe dostarczone przez Modertrans przy wcześniejszej modernizacji, tj. części czołowych, które wykorzystywałyby projekt, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują w całości Modertrans. Jakiekolwiek wątpliwości w tym zakresie zostały wyjaśnione przez Zamawiającego na etapie pytań wykonawców do SIWZ.

W dniu 18 kwietnia 2014 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców dotyczące treści pkt I.1.4 oraz pkt II. 1.12 OPZ a więc designu części czołowych, który powinien być identyczny jak w wagonach tramwajowych tego typu, aktualnie eksploatowanych przez Zamawiającego.

Zadający pytanie wykonawca wnioskował o zmianę powyższego postanowienia na zapis, dzięki któremu design ścian *czołowych wagonów nie będzie musiał być identyczny, a jedynie podobny lub zbliżony wyglądem do wagonów tramwajowych, tego typu, eksploatowanych przez Zamawiającego*'. Wykonawca uzasadniał wnioskowanie o* modyfikację SIWZ faktem,

że "zmiana tego zapisu jest istotna ze względu na: aspekt prawa do wzoru użytkowego przez firmę, która wyprodukowała te ściany oraz późniejszą możliwość pozyskania lub wyprodukowania takiej samej ściany czołowej Zamawiający nie zgodził się na proponowaną zmianę i utrzymał w mocy zapisy SIWZ.

Podkreślić przy tym należy, że *design części czołowej Modertrans jest także przedmiotem zgłoszenia w Urzędzie ds. Harmonizacji Rynku Wewnętrznego (OHIM) w charakterze wzoru wspólnotowego (wzoru przemysłowego obejmującego swoim zasięgiem terytorium całej Unii Europejskiej) o numerze 002465534 dokonanego przez Modertrans. Uzyskanie prawa do wzoru wspólnotowego przyznaje jego właścicielowi wyłączne prawo do jego używania i zakazywania osobom trzecim, bez zgody właściciela, jego używania na terenie całej Unii Europejskiej.*

W świetle *wskazanych powyżej okoliczności, bezspornym jest zatem,* że bez uprzedniego nabycia stosowanych praw lub licencji do korzystania z designu części czołowej należącego do Modertrans, żaden inny niz Modertrans wykonawca startujący w przetargu nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z ww. wymaganiami OPZ, bez naruszenia praw przysługujących Modertrans wyłącznych *na gruncie Prawa Autorskiego oraz prawa własności przemysłowej. Udzielenie zamówienia firmie Protram, nie dysponującej stosownymi prawami do korzystania z designu Modertrans, musi zatem skutkować bezprawnością działań Protram związanych z realizacja zamówienia i naruszeniem praw Modertrans. Protram nie jest więc w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem i bez naruszenia praw wyłącznych przysługujących Modertrans.*

Powyższe potwierdza okoliczność, że *w dniu 21 maja 2014 roku Protram skierował do Modertrans pismo, w którym zwrócił się z* "pytaniem, o możliwość pozyskania od Modertrans Poznań Sp. z o.o. trzech kompletów ścian czołowych wg Państwa projektu". *Protram wskazał w piśmie również,* że *konieczność pozyskania* ścian *czołowych zaprojektowanych przez Modertrans iest związana z planowaną modernizacją tramwaju M8C dla TE.* W tym kontekście spełnienie przez Protram świadczenia w postaci dostarczenia części czołowych identycznych częściami czołowymi, członów A i B, w wagonach tramwajowych trójczłonowych, dwukierunkowych typu M8C, aktualnie eksploatowanych przez zamawiającego, jest świadczeniem niemożliwym.

Niezgodność z treścią SIWZ

Jak zostało wykazane w pkt 1 powyżej Protram nie dysponuje stosownymi prawami do korzystania z designu Modertrans w zakresie czoła członów A i B. Protram składając ofertę nie mógł zaoferować Zamawiającemu realizacji zamówienia zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego OPZ. Ponieważ Protram zaoferował Zamawiającemu odmienny, niż

wymagał tego Zamawiający, sposób realizacji zamówienia dotyczący designu czoła członów

7

A i B, złożona przez Protram oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i winna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: "KIO") *za niezgodność treści oferty z SIWZ uznaje się m.in. sytuacje, w których oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca wykona przedmiot zamówienia w inny sposób niż wymagał tego Zamawiający, powstanie produktu o właściwościach innych niż oczekiwał tego Zamawiający. Skoro Protram nie ma praw do dokonania designu wymaganego przez Zamawiającego, utrzymanie wyboru najkorzystniejszej oferty w mocy spowoduje, że modernizacja wagonu M8C nie będzie zgodna z treścią OPZ. W konsekwencji efektem realizacji umowy będzie tramwaj o właściwościach i wyglądzie innym niż wymagają tego TE.*

Niezgodność treści oferty Protram z treścią SIWZ ma charakter niezgodności merytorycznej, a niezgodność taka stanowi podstawę odrzucenia oferty.

Wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi przeprowadzenia Postępowania w zgodności z Pzp Zamawiający dokonał wyboru oferty, która pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ. Takie działanie Zamawiającego spowoduje konieczność unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Nieważność na podstawie odrębnych przepisów

W momencie składania oferty Protram znał treść OPZ i był świadomy, że *w ramach realizacji zamówienia będzie musiał zmodernizować posiadany przez Zamawiającego tramwaj M8C w taki sposób, aby design czoła członów A i B był identyczny, jak w wagonach tramwajowych, tego typu, eksploatowanych przez Zamawiającego. Ponieważ prawa wyłączne do projektu (designu) części czołowych członów A i B w wagonach tramwajowych trójczłonowych, dwukierunkowych typu M8C aktualnie eksploatowanych przez Zamawiającego przysługują Modertrans, oświadczenie ofertowe Protram, na mocy którego Protram zobowiązał się do realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ* należy uznać w całości za bezwzględnie nieważne w oparciu o art. 58 § 1 i 2 KC. *Oferta złożona przez Protram jest sprzeczna zarówno z ustawą Prawo Autorskie, jak i z zasadami współżycia społecznego. Sprzeczność z ustawą Prawo Autorskie przejawia się w złożeniu oferty niedysponując stosownymi prawami do korzystania z designu Modertrans. Złożenie oświadczenia o realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ w przypadku nieposiadania praw dających możliwość należytego wykonania zamówienia musi być uznane również za działanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nie sposób przyjąć, aby niekonkurencyjna walka przetargowa mogła zostać uznana za zachowanie akceptowalne społecznie i mieszczące się w ramach tzw. "* moralności publicznej\ *Składając ofertę w sposób i okolicznościach wskazanych w niniejszym odwołania Protram naruszył przyjęte reguły słuszności.*

8

Ponieważ Zamawiający nie wyłączył w SIWZ możliwości podwykonawstwa oferta Protram mogłaby być ważna w przypadku, gdyby Protram, przed złożeniem oferty, *zawarł z Modertrans umowę, na mocy której Modertrans zobowiązałby się do dostarczenia/wykonania* ścian *czołowych dla Protram, ewentualnie przed złożeniem oferty Protram nabyłby od Modertrans licencję do korzystania z designu części czołowej należącego do Modertrans. Żadna z wyżej wymienionych okoliczności nie miała miejsca.*

Oferta złożona przez Protram jest czynnością bezwzględnie nieważną i jako taka ”(...) nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych od chwili jej dokonania, co powoduje, że wszelkie stosunki prawne lub prawa, które by się na nieważności opierały lub z niej wywodziły nie mogą w zasadzie powstać.”.

Nieważność z art. 58 KC ma zawsze charakter definitywny, co oznacza, że czynność prawna dotknięta nieważnością bezwzględną "nigdy nie stanie się ważna nawet wówczas , gdy przyczyna nieważności odpadnie". Ewentualne jej nie uchyla ”potwierdzenie" więc nieważności, a jeżeli strony chcą osiągnąć zamierzone skutki prawne muszą całą czynność powtórzyć w sposób niewadliwy, a zatem dokonać nowej.

Oferta Protram powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust.

1 pkt 8) Pzp, gdyż zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy KC, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej.

Modernizacja pojazdów szynowych typu M8C lub N8C

Zamawiający jako jeden z warunków udziału w Postępowaniu (Rozdział VI SIWZ pkt 1.2 a) wymagał wykazania się przez wykonawców niezbędną wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, modernizacji pojazdów szynowych typu M8C lub N8C, 8 osiowych, w ilości minimum 1 sztuki *(dalej:* "Warunek").

Treść Warunku w ostatecznym ww. brzmieniu została ustalona w dniu 03 kwietnia 2014 roku na skutek inicjatywy jednego z potencjalnych wykonawców, który zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę treści Warunku. Pierwotnie TE wymagały od wykonawców wykazania się modernizacją pojazdów szynowych typu M8C lub N8C 8 osiowych w ilości minimum 3 szt.

Pomimo zmiany (złagodzenia) treści Warunku Protram nie wykazał, że posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. *Protram nie dokonał wymaganej przez Zamawiającego modernizacji pojazdu szynowego typu M8C lub N8C.*

Na potwierdzenie spełniania Warunku (Załącznik nr 7 do oferty Formularz 6 " Wiedza Doświadczenie") Protram wskazał doświadczenie polegające na modernizacji 1 sztuki tramwaju typu N8 na częściowo niskopodłogowy. Usługa została wykonana na rzecz

---

Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A. w Krakowie (dalej: "MPK S.A. Kraków"). Również z załączonego do oferty Protram listu referencyjnego, wystawionego przez MPK SA. Kraków, wyraźnie wynika, że *Protram dokonał czynności polegających na modernizacji tramwaju N8 na częściowo - niskopodłogowy tramwaj typu N8C z zastosowaniem napędu z rozruchem impulsowym i silnikami prądu stałego.*

Jest zatem bezsprzeczne, że *zarówno oświadczenie złożone przez Protram, jak również treść referencji wystawionych przez MPK S.A. Kraków wprost potwierdza,* że *Protram nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w zakresie modernizacji pojazdów szynowych typu M8C lub N8C. Kwestia ta jest niezwykle istotna, jako* że *przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest właśnie modernizacja wagonu tramwajowego typu M8C. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego słowo "modernizacja" oznacza: "unowocześnienie i usprawnienie czegoś Protram wprawdzie zmodernizował tramwaj, lecz nie był to tramwaj o typie wymaganym przez Zamawiającego (M8C/N8C), a tramwaj innego typu, czyli tramwaj N8. Fakt,* że *po wykonaniu modernizacji doszło do przekształcenia nazwy tramwaju na oznaczeniu N8C - NF (zgodne z OPZ) nie oznacza,* że *Protram zmodernizował tramwaj N8C, lecz tylko tramwaj będący jego poprzednikiem. Protram nie mógł zmodernizować pojazdu szynowego typu N8C. gdyż w momencie dokonywania modernizacji przez Protram pojazd typu N8C jeszcze nie istniał. Protram mógłby wykazać się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem dopiero wówczas. gdyby pojazd wskazany w referencjach, wystawionych przez MPK S.A. Kraków, został ponownie zmodernizowany już jako pojazd typu N8C.*

Kwestię powołania się przez Protram na modernizację tramwaju N8 dostrzegł również Zamawiający i odniósł się do niej w "Protokole ze sprawdzenia i oceny ofert" z dnia 07 - 14 maja 2014 roku. Zamawiający zaakceptował referencje przedstawione przez Protram uznając, że *"wagony N8 i N8C są wagonami o takiej samej konstrukcji, różnią się tylko zastosowanym w nich układem napędowym. Ostatecznie Zamawiający uznał doświadczenie Protram za wystarczające, jako* że *"Zamawiający przewiduje całkowitą wymianę układu napędowego w modernizowanym wagonie, (...) nieistotnym dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia jest rodzaj układu napędowego w wagonie modernizowanym przez RMT PROTRAM WROCŁAW Sp. z o.o."*

Stanowisko Zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne i stojące w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wyraźnie określił w SIWZ treść Warunku. TE wymagały wykazania się doświadczeniem w zakresie modernizacji pojazdu N8C lub M8C. Zmiana treści Warunku na etapie oceny i badania ofert jest niedozwolona. Kwestia ta jest bezsprzeczna w orzecznictwie KIO, np.: wyrok KIO o sygn. akt KIO 278/14: "Zamawiający nie ma możliwości zmiany korygowania lub dopasowywania na etapie oceny złożonych wniosków postawionych

wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wyrok KIO o sygn. akt KIO 2965/13: "Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu ustawy z 1964 r. - Kodeks cywilny. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest zwiedzany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. (...) Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".

Jeśli Zamawiający zamierzał zweryfikować wiedzę i doświadczenie wykonawców pod kątem modernizacji wagonów o takiej samej/podobnej konstrukcji jak N8C lub M8C powinien był postawić takie wymagania w SIWZ przez terminem składania ofert. Brak takiego warunku skutkuje koniecznością wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w zakresie modernizacji wagonów N8C lub M8C, co oznacza wykonanie modernizacji tramwajów chopperowych, normalno lub wąskotorowych i ośmioosiowych (w skrócie M8C, N8C).

Pojazd przywołany w referencjach przez firmę Protram to tramwaj z odmiennym układem napędowym. Protram dla MPK Kraków modernizował tramwaj z Essen typu M8S ze stycznikowym układem napędowym. W MPK pojazd ten po wymianie wózków na rozstaw 1435 mm zaczęto nazywać N8. Referencje ze stycznikowym układem napędowym nie spełniają Warunku. Tramwaju ze stycznikowym układem napędowym nie sposób porównać do tramwaju z nowoczesną aparaturą energoelektryczną, z elektronicznym sterowaniem, czyli do tramwaju N8C/M8C. O nowoczesności tramwaju i jego stopniu zaawansowania technologicznego decyduje układ napędowy.

Mając powyższe na uwadze, Protram powinien zostać wykluczony przez Zamawiającego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, tj. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp - jeśli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (a konieczność odrzucenia oferty Protram jest bezsprzeczna z uwagi na niedysponowanie stosownymi prawami do korzystania z designu Modertrans w zakresie czoła członów A i B) Zamawiający nie ma prawa wzywać wykonawców do uzupełnienia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Oferta Protram powinna podlegać odrzuceniu jako oferta niezgodna z treścią SIWZ. Wykonawca Protram nie wykazał również posiadania doświadczenia w zakresie wymaganego przez udziału w W tych Zamawiającego warunku Postępowaniu.

okolicznościach wybór oferty Protram jako najkorzystniejszej powoduje naruszenie zasady bezstronności Postępowania oraz wypacza istotę przetargu poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, będącą naczelną zasadą prawa zamówień publicznych.

Powyższa kwestia jest bezsporna w orzecznictwie KIO, por. np. wyrok KIO o sygn. akt KIO 2986/13: "Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego najistotniejszym dokumentem, którego postanowienia wiążą na etapie badania i oceny ofert zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu jak i zamawiającego. Nieprzestrzeganie zasad i warunków określonych w SIWZ na etapie badania i oceny ofert prowadzi do naruszenia przez zamawiającego jednej z naczelnych zasad postępowania, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców." Zgodnie z wyrokiem KIO o sygn. akt KIO 2443/13: "(...) Nieuprawniony wybór oferty najkorzystniejszej winien być kwalifikowany jako naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 p.z.p."

Zamawiający wskazał, co następuje.

Ad. 1, 2, 3 zarzutów odwołania. Wbrew twierdzeniom zawartym w treści odwołania na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty firmy Protram zarówno z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ, a również z powodu jej

nieważności. Zarówno w ofercie jak i w późniejszym oświadczeniu zawartym w piśmie L.dz.RMT/549/2014 z dnia 09.05.2014 firma Protram deklarowała wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z warunkami określonymi w postanowieniach SWIZ podobnie zresztą jak to uczynił Odwołujący. W postanowieniach opisu Przedmiotu Zamówienia /Rozdział I pkt.1.4 i Rozdział II pkt. 1.12/ Zamawiający zawarł wymóg, aby design czoła członów A.B modernizowanego wagonu tramwajowego był identyczny z rozwiązaniem tego typu wagonów eksploatowanych już przez Zamawiającego. Należy wyjaśnić, iż Zamawiający aktualnie eksploatuje dwa wagony tramwajowe typu M8C, których modernizację wykonał Odwołujący się. Zamawiający zdawał sobie sprawę, iż pojęcie /„design"/ może być traktowany niejednoznacznie dlatego też w postanowieniach SIWZ zawarł wymóg zaprezentowania przez składających oferty projektu stylistyki i kolorystyki pojazdu (Opis Przedmiotu Zamówienia Rozdział II ppkt 1.9). Taki projekt w swojej ofercie przedstawiła firma Protram. Odwołujący uznał to za zbędne prawdopodobnie przyjmując zapewne, iż w tym zakresie obowiązuje stylistyka i kolorystyka już wykonanych uprzednio wagonów. Zamawiający uznał, iż w tym zakresie oferta Odwołującego się nie wymaga wyjaśnienia. Na tle tych postanowień dokonując oceny przedstawionych ofert Zamawiający uwzględniając kryterium ceny wybrał ofertę firmy Protram. Zamawiający pragnie wyjaśnić dodatkowo, iż dokonując tej oceny miał na względzie zarówno postanowienia art. 89 i 91 ustawy Prawo zamówień publicznych jak i treść art. 65 Kodeksu cywilnego. Wprawdzie postanowienia

ustawy P.z.p winny być traktowane jako lex specialis w stosunku do k.c. tym niemniej skoro przepis art. 139 ust 1 P.z.p. zawiera odwołanie do materialnego prawa cywilnego /a ściśle *do k.c / to interpretacja oświadczeń woli stron w* świetle *postanowień art 65 k.c. jest zdaniem Zamawiającego uzasadniona.*

Ad. 4 i 5 zarzutów odwołania. Odwołujący się prezentuje pogląd, iż uczestniczący w postępowaniu wykonawca - Protram Wrocław nie dysponuje wymaganą przez postanowienia SIWZ wiedzą i doświadczeniem skutkiem czego winien być wykluczony z postępowania a następstwem wykluczenia winian być wybór oferty Odwołującego się. Zamawiający uznał, iż firma Protram spełniła ten warunek. Potwierdzają tę ocenę dodatkowe wyjaśnienia tego wykonawcy zwarte w jego piśmie z dnia 29.05.2014r. którym przystępuje do postępowania odwoławczego. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza zasadność stanowiska Zamawiającego. W motywach wyroku z dnia 6 kwietna 2011 r. - KIO 632/11 /Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie zeszyt 9 poz. 15/. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza „W ślad *za stanowiskiem doktryny i orzecznictwem wskazać należy,* że *określenie przywołanego warunku (wiedza i doświadczenie) udziału w postępowaniu zależne jest od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości umiejętności Warunki udziału w są czy specjalnych. postępowaniu konkretyzowane w stosunku do danego postępowania i winny być formułowane w sposób odpowiadający uzasadnionym potrzebom Zamawiającego i obiektywnymi potrzebami zachowania konkurencyjności na danym rynku usług. Art. 22 ust. 4 P.z.p - opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p nakazuje Zamawiającemu przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dlatego też Zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania". W wyrokach KIO 80/13 i KIO 81/13 z 31 stycznia 2013r. (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie zeszyt 15 poz. 13) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza: „ Po pierwsze Izba wskazuje,* że *opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może zawężać doświadczenia dotyczącego dostaw o charakterze podobnym do tożsamego przedmiotu zamówienia — jak w prowadzonym postępowaniu, tak w odniesieniu do jego przedmiotu, wartości czy zakresu. Zdaniem Izby nie musi zachodzić pełna tożsamość, tak jak de facto chciał tego Zamawiający".*

Przystępujący podniósł, iż *Zamawiający nie ma* żadnych *podstaw do odrzucenia oferty Protram, ze względu na brak podstaw prawnych do odrzucenia oferty. Z całą pewnością*

podstawą nie jest sprzeczność treści oferty z SIWZ, gdyż treść oświadczenia woli Przystępującego i Odwołującego różni się tylko ceną. Pozostałe elementy treści oferty wynikają wprost z SIWZ i formularza oferty i nie różnią się niczym w obydwu ofertach. Należy dodać, że Zamawiający nie żądał w SIWZ żadnych *oświadczeń, opisów, dokumentów, etc, opisujących sposób wykonania zamówienia, choć mógł zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. to zrobić. Wówczas mógłby Zamawiający poddać ocenie, czy oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego. Wobec braku wyznaczenia sposobu potwierdzenia takich wymagań przez Zamawiającego, uznać należy, że Zamawiający nie widział takiej konieczności, poprzestając jedynie na żądaniu ofert w postaci ogólnego zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia za ściśle określoną cenę. Wobec powyższego jedyne, co może Zamawiający zrobić, dokonując oceny ofert to porównanie cen, ew. sposobu obliczenia ceny. Mógł też Zamawiający - i to uczynił - dokonać weryfikacji podmiotowej wykonawców, czy ze względu na wiedzę i doświadczenie i sytuację ekonomiczną i finansową, jest przygotowany do realizacji zamówienia. Po dokonaniu oceny w ww. sposób, w* żadnym *razie nie wolno dokonywać Zamawiającemu oceny, czy wykonanie przez danego wykonawcę przedmiotu zamówienia jest bardziej, czy mniej prawdopodobne. Skoro Zamawiający dysponował instrumentami prawnymi służącymi potwierdzeniem jakości konkretnych usług (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp), a z tego nie skorzystał, jedyne co mógł zrobić to wybór oferty najkorzystniejszej. Nadmienić można, że w każdym zamówieniu może pojawić się wątpliwość, czy wykonawca (spełniający warunki udziału w postępowaniu) z najkorzystniejszą ofertą - podoła wykonaniu zamówienia? Jeżeli jednak oferta nie jest sprzeczna z SIWZ, nie ma możliwości jej odrzucić. Sprzeczność ta musi dotyczyć treści oferty, a więc zobowiązania do określonego* świadczenia, *nie zaś prawdopodobieństwo należytego bądź nienależytego wykonania zobowiązania. Odwołujący myli pojęcia „treść oferty" z pojęciem należyte wykonanie umowy. Treść oferty występuje w przetargu - przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia, natomiast wykonanie zobowiązania (należyte lub nie -) jest następstwem zawartej umowy. Czasookres pomiędzy tymi zdarzeniami prawnymi i faktycznymi wypełniony jest ryzykiem gospodarczym, charakterystycznym dla każdego innego zamówienia. Treść oferty Przystępującego jest w całej rozciągłości zgodna z SIWZ, skoro zatem złożył ofertę, jest nią związany i zobowiązany do wykonania zamówienia ze wszystkimi wynikającymi stąd sankcjami. Są to jednak sankcje przewidziane w już zawartej umowie, i nie można ich przenosić do oceny oferty. Przypadki odstąpienia Zamawiającego od umowy to nie przesłanki odrzucenia oferty i jako takie, dają podstawy do działania Zamawiającego dopiero po ich wystąpieniu, a nie w razie istotnych zagrożeń ich wystąpienia, jak sugeruje Odwołujący.*

Jedynym wyjątkiem mógłby być przypadek nieważności treści ofert na podstawie odrębnych przepisów. Oświadczenia woli w doktrynie są uznawane za jednostronne

---

czynności prawne, do których mają zastosowanie przepisy Tytułu IV Księgi pierwszej i in. KC. W praktyce oferta jest nieważna, jeżeli została podpisana przez osobę nieuprawnioną, co powinno wynikać z wpisu w odpowiednim rejestrze. Powyższy przypadek również nie zachodni w odniesieniu do oferty Przystępującego. Z całą pewnością oferta Przystępującego nie jest bezwzględnie nieważna, jak twierdzi Odwołujący, próbujący wywodzić ten skutek z art. 58 KC. W ten sposób, z zasad współżycia społecznego, można wywodzić nieważność każdej oferty w obszarze gospodarczym, w którym oferujący wykonanie dzieła podejmuje ryzyko jego zrealizowania. W umowie o dzieło zawsze jest niepewność stron, co do osiągniętego skutku, stąd zabezpieczenia, terminy, wytyczne, kary umowne, etc. Ryzyko gospodarcze w składanych i przyjmowanych ofertach nie skutkuje jednak nieważnością czynności prawnej. Jeśli wykonanie dzieła się nie powiedzie, mamy do czynienia z niewykonaniem zobowiązania, ale to jest skutek czynności prawnej. Odwołujący myli ten skutek z przyczyną, gdzie czynność prawna jest dotknięta wadą skutkującą jej nieważnością. W przedmiotowym przypadku czynność prawna jest ważna, a niepewne - jak w każdym innym przypadku -może być jedynie należyte wykonanie zamówienia.

Same skutki, wynikające z twierdzeń Odwołującego o sprzeczności oferty z SIWZ również nie są tak jednoznaczne, jak zdaje się wynikać z odwołania. W rozdziale I pkt 1.4 SIWZ Zamawiający zapisał, że obowiązkiem wykonawcy jest wprowadzenie nowego ***designu*** *czoła członów A i B, (...). Zamawiający nie zdefiniował, co kryje się pod pojęciem design. Z całą pewnością nie można go jednoznacznie utożsamiać z pojęciem projekt (dokumentacja projektowa), jak czyni Odwołujący. Posiłkując się definicją w Słowniku wyrazów obcych*

*(Kopaliński), **design** [wym. dizajn] to szeroko pojmowana sfera wzornictwa; planowanie, marketing i organizacja produkcji, tworzenie atrakcyjnej formy wyrobu, tożsamości towaru i wizerunku producenta na rynku; etym. - ang. zamiar; projekt; wzór; deseń; jw. od łac. designare, zob. desygnat.*

*Jak wynika z powyższego pojęcie **design** może być wieloznaczne. Wszelkie próby utożsamiania pojęcia design z konkretną dokumentacją projektową Odwołującego mogą zakończyć się niepowodzeniem. Wobec takich wątpliwości Zamawiający nie ma podstaw do stwierdzenia, że produkt wykonawcy musi być identyczny z produktem Odwołującego. Identyczny musiał być design (cokolwiek to znaczy), i brak podstaw do twierdzeń, że Przystępujący takiego designu nie zapewni.*

Odwołujący nie wykazał również, że wykonanie zamówienia jest w 100% niemożliwe, wskazuje, że na chwilę obecną Przystępujący nie podpisał konkretnych umów podwykonawczych. Podobnie można mówić o budowlanej firmie, która składając ofertę na budowę drogi nie podpisała jeszcze umowy o dostawę tłucznia i asfaltu. To nie oznacza, że zobowiązanie jest niemożliwe. W sensie prawnym wykonanie zamówienia jest cały czas możliwe, gdyż nie można wykluczyć, że Protestujący sprzeda jednorazową licencję na

---

własny produkt. Zajmowane dziś stanowisko przez Odwołującego wynika z działalności konkurencyjnej w konkretnym przetargu, a w razie odpadnięcia czynnika konkurencji w konkretnym projekcie, górę mogą wziąć czynniki biznesowe. Wykonanie zmówienia przez Przystępującego jest wciąż możliwe i nie można mówić o żadnej *pierwotnej niemożliwości spełnienia* świadczenia.

Ostatnią kwestią wymagającą wyjaśnienia jest spełnianie warunków udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie. Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż w ww. zakresie dysponuje tym samym doświadczeniem, co Odwołujący. Każdy z nich spełnił warunki udziału z przyczyn opisanych poniżej.

Modernizacja wagonów typu M8C/N8C.

Producentem tego typu tramwaju jest niemiecka firma Duewag. Tramwaje tego producenta (GT6, GT8, N8S, N8C, M8C) cieszą się dużą popularnością wśród polskich przewoźników (Gdańsk, Łódź, Kraków, Elbląg). Tramwaj jest jednoprzestrzenny i dosyć porządnie wykonany. Ze względu na wycofywanie tego typu pojazdów z zachodnich Państw, można je kupić za małe pieniądze i w Polsce zmodernizować. Pierwszą firmą która zaczęła modernizować te wagony to Modertrans oraz warsztaty MPK Kraków. Modernizacja tego typu tramwaju polegała na zastosowaniu nowych ścian *czołowych oraz przebudowie wysoko-podłogowego członu* środkowego *na niskopodłogowy.*

Protram jako pierwszy dokonał pełnej modernizacji takiego tramwaju (zakres jak wyżej + wymiana całej instalacji tramwaju wraz z napędami a także kompletnej wymianie wyposażenia wewnętrznego w przestrzeni pasażerskiej wszystkich członów. Modernizacji został poddany tramwaj oznaczony jako N8S - po modernizacji uzyskał oznaczenie N8C-NF.

Wyjaśnienie oznaczeń typoszeregu dla tego typu tramwaju (N8S, N8C, M8C, N8C-NF, M8C-NF)

N - normalnotorowy
M - wąskotorowy
8 - liczba osi
S - stycznikowy
C - chopperowy
NF - częściowo niskopodłogowy

Modertrans podważa nasze referencje dotyczące typu tramwaju N8, gdyż Zamawiający oczekiwał M8C lub N8C. Z powyższego opisu nie ma znaczenia czy ten wagon to M8C, N8C czy też N8S ponieważ konstrukcja nadwozia tramwaju jest identyczna dla każdego z tego typu tramwaju. Różnica jest w wózkach napędowych, chodzi o szerokość toru po jakim będzie jeździł tramwaj. Kolejne oznaczenie dotyczy zastosowanego układu napędowego. Nieważne jakiego typu tramwaj został przez Protram czy też Modertrans zmodernizowany i w jakim zakresie, ponieważ Tramwaje Elbląskie zażyczyły sobie aby potencjalny wykonawca

---

zamontował do modernizowanego tramwaju napęd asynchroniczny. W kwestii tego typu napędu, żadna *z firm jeszcze nie ma referencji na modernizację tramwaju typu*

M8C/N8C/N8S. Jednak obydwie firmy posiadają referencje związane z produkcją nowych tramwaju z zastosowaniem tego typu napędu.

Reasumując doświadczenie posiadane przez obydwie firmy jest identyczne. Należy tu jednak zaznaczyć, że z tych dwóch firm to Protram jako pierwszy zaprojektował i wykonał nowy tramwaj tego typu (trójczłonowy - jednoprzestrzenny z częścią niskopodłogową).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba w pełni popiera argumentację odwołującego, przedstawioną w odwołaniu, uznając ją za własną. Ponadto Izba stwierdziła, iż odwołujący na rozprawie przedłożył dokumenty: „Potwierdzenie wniosku o zarejestrowany wzór wspólnotowy" oraz „ Świadectwo rejestracji o nr 002465534-0001, wystawione dla Zarejestrowanego Wzoru Wspólnotowego", które potwierdzają posiadanie praw autorskich do wzoru projektowego członа tramwajów, będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe potwierdza zatem okoliczność, iż przystępujący nie mógł złożyć ważnej oferty, przy tak opracowanej przez zamawiającego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która zgodna byłaby z obowiązującymi przepisami i nie naruszałaby praw autorskich i pokrewnych posiadanych przez Modertrans Poznań sp. z o.o. do określonego wzoru użytkowego członа tramwajów.

Wskazać bowiem należy, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia posłużył się określeniem jednoznacznym, które w ocenie Izby wykluczało złożenie oferty na przedmiot inny, zbliżony swoim wyglądem do już posiadanych zmodernizowanych tramwajów. Zamawiający podał bowiem, że przedmiotem zamówienia jest modernizacja wagonu tramwajowego trójczłonowego, dwukierunkowego typu M8C, polegająca na: wprowadzeniu nowego designu czoła członów A i B, który powinien być identyczny, jak w wagonach tramwajowych, tego typu, eksploatowanych przez zamawiającego. Skoro zatem zamawiający posłużył się sformułowaniem „identyczny", to w okolicznościach niniejszej sprawy, gdzie zamawiający posiada eksploatowane przez siebie tramwaje, które zmodernizowane zostały przez Modertrans Poznań sp. z o.o., a Modertrans posiada do wzoru użytkowego zmodernizowanych tramwajów, ochronę gwarantowaną m.in. przez prawo autorskie i prawa pokrewne, wzór jest zarejestrowany w Urzędzie Harmonizacji Rynku Wewnętrznego – Znaki towarowe i wzory, to wykluczona jest możliwość zaoferowania przez przystępującego identycznego członа tramwaju bez posiadania (wykupienia) licencji na wykorzystanie tego wzoru, bądź też posiadania gotowych członów, kupionych u tego producenta lub dowolnie na rynku, jeżeli istnieje taka możliwość.

Przystępujący natomiast, nie udowodnił, że posiada licencję. Nie udowodnił również, że posiada lub jest w trakcie czynności, które doprowadziłyby do posiadania gotowych członów tramwajów, które mógłby zamontować u zamawiającego.

Tym samym, w ocenie Izby zaistniała okoliczność skutkująca odrzuceniem oferty przystępującego z postępowania, na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał warunek wiedzy i doświadczenia w ten sposób, iż żądał od wykonawców wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, modernizacji pojazdów szynowych typu M8C lub N8C, 8 osiowych, w ilości minimum 1 sztuki (warunek zmodyfikowany w wyniku zapytań jednego z wykonawców).

Przystępujący w treści swojej oferty wykazał doświadczenie polegające na modernizacji pojazdu szynowego typu N8. Powyższe, jak również prawidłowość wykonania usługi, potwierdzone zostało listem referencyjnym wystawionym przez zamawiającego – MPK S.A. w Krakowie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, stanowisko zamawiającego dopuszczające wskazane przez przystępującego doświadczenie za spełniające warunek udziału w postępowaniu, uznać należało za bezzasadne i sprzeczne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisami obowiązującego prawa.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający związany jest opracowaną przez siebie treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia od momentu uprawomocnienia się jej zapisów, tj. od momentu kiedy upływa termin składania ofert, gdyż od tego dnia niedopuszczalna jest jej zmiana, a ocena złożonych na jej (s.i.w.z.) podstawie ofert musi odbywać się ściśle wg. reguł podanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro zatem zamawiający żądał doświadczenia w modernizacji tramwajów typu M8C lub N8C, to za niedopuszczalne jest uznanie przez zamawiającego doświadczenia w modernizacji tramwaju typu N8. W ocenie Izby, za niedopuszczalną należało uznać sytuację, w której zamawiający, na etapie badania oferty uznał, że wagony N8 i N8C są wagonami o takiej samej konstrukcji, różnią się tylko zastosowanym w nich układem napędowym, tym samym w związku z tym, że zamawiający przewiduje całkowitą wymianę układu napędowego w modernizowanym wagonie, (…) nieistotnym dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia jest rodzaj układu napędowego (…).

Wskazać bowiem należy, że skoro dla zamawiającego nieistotnym był typ napędu zastosowany w tramwaju (N8 lub N8C), to zamawiający winien wyrazić swoje stanowisko w warunku opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przeciwnym razie, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu zamawiający może i ma prawo żądać wyłącznie doświadczenia w modernizacji tramwajów typu N8C i M8C, gdyż tak wskazał w obowiązującej treści s.i.w.z. Stanowisko przeciwne prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wyrażające się sytuacją, która uniemożliwiła lub mogła uniemożliwić (wobec takiej treści opisanego warunku) złożenie oferty przez innych wykonawców rynku zamówień publicznych. Wykonawca zapoznając się z treścią warunku opisanego przez zamawiającego, podejmuje decyzję o udziale w postępowaniu, mając na względzie posiadane doświadczenie. Decyzja o udziale w postępowaniu uzależniona jest zatem od tego, jakiego doświadczenia, w jakiego rodzaju usługach zamawiający żąda od wykonawców. Skoro zatem zamawiający podał, że żąda doświadczenia w modernizacji tramwajów typu M8C i N8C, to tylko doświadczenie w modernizacji tego typu tramwajów można uznać za spełnione. Zamawiający rozszerzając zakres doświadczenia, dopuszczając doświadczenie w modernizacji tramwajów typu N8, na etapie badania i oceny ofert (po terminie składania ofert), dokonał niedozwolonej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która z kolei doprowadziła do sytuacji, w której wykonawcy, którzy mogliby chcieć złożyć oferty w postępowaniu, zrezygnowali z tej możliwości, ze względu właśnie na warunek postawiony przez zamawiającego. Gdyby bowiem znana była okoliczność, iż zamawiający dopuszcza również doświadczenie w modernizacji innych typów tramwajów, mogliby spełnić taki warunek i złożyć ofertę w postępowaniu.

Reasumując, w ocenie Izby, zamawiający dokonał niedozwolonej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po terminie składania ofert, która doprowadziła do uznania za spełniony warunek wiedzy i doświadczenia przez przystępującego, która to czynność dokonana została z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby przystępujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia i winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku, jednakże ze względu na zastrzeżenie wynikające z treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. (…).” zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania tego wykonawcy,

---

gdyż oferta przystępującego i tak podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……