

**WYROK**  
z dnia 30 czerwca 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo  
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2011 r. przez wykonawcę

**NEWAG S.A. ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Koleje Dolnośląskie S.A. ul. Wojska Polskiego 1/5, 59-220 Legnica**

przy udziale

A. wykonawcy **Stadler Bussnang AG Ernst-Stadler-Strasse 4, CH-9565 Bussnang,**

**Szwajcaria** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding**

**ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,**

1

- 
- 2. kosztami postępowania obciąża Koleje Dolnośląskie S.A. ul. Wojska Polskiego 1/5, 59-220 Legnica i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr**

**(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NEWAG S.A.**

**ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od Kolei Dolnośląskich S.A. ul. Wojska Polskiego 1/5, 59-220 Legnica**

**na rzecz NEWAG S.A. ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz kwotę 15 000 zł 00 gr**

**(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Legnicy.

**Przewodniczący: .....**

2

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Koleje Dolnośląskie S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę pięciu fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT)” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 11 listopada 2011 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

16 czerwca 2011 r. Odwołujący – NEWAG S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22. ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty pomimo wykazania przez Odwołującego, iż spełnia warunek wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego ustalonymi w treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, na skutek odmiennej oceny złożonych przez Odwołującego i Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding (zwane dalej także „PESA”) analogicznych dokumentów związanych z wykazaniem spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. przedłożonych przez tych wykonawców wykazów dostaw, dokumentów potwierdzających, iż zostały one wykonane należycie oraz świadectw dopuszczających pojazdy wskazane w wykazie dostaw z prędkością eksploatacyjną 160 km/h,
3. art. 7 ust. 3 z zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* poprzez dokonanie wyboru oferty spółki PESA w oparciu o złożone przez tę firmę „Listy referencyjne” wystawione przez Województwo Małopolskie, podczas gdy dokumenty te nie mogą być uznane za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw, a ich przedłożenie przez spółkę PESA w przedmiotowym postępowaniu łącznie z wykazem dostaw, celem wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganych w przedmiotowym postępowaniu, stanowi złożenie nieprawdziwych informacji

3

---

mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy PESA,

4. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów...* poprzez uznanie za potwierdzenie spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia wykazanie się przez spółkę PESA dostawami 3 EZT na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o., podczas gdy dostawy te nie spełniają wymogów określonych przez Zamawiającego,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia spółki PESA z postępowania, mimo iż nie wykazała ona spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienie wyboru oferty PESA jako najkorzystniejszej, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że po przeprowadzeniu oceny ofert oraz postępowania wyjaśniającego w trybie art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z postępowania Odwołującego i odrzuceniu jego oferty oraz dokonał wyboru oferty złożonej przez PESA jako najkorzystniejszej. Jako uzasadnienie dla wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, dostarczył nie mniej niż 3 fabrycznie nowe EZT o łącznej wartości nie mniejszej niż 36.000.000,00 zł brutto, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, wydane na czas nieokreślony lub określony przez UTK lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej lub państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h. W celu potwierdzenia ww. doświadczenia wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów

potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz dostaw wskazując w nim, iż dostarczył cztery fabrycznie nowe elektryczne zespoły trakcyjne o wartości 65.148.000 zł brutto wraz

4

---

z dokumentem potwierdzającym, iż dostawy te zrealizowane zostały należycie oraz kopią świadectwa dopuszczającego te pojazdy do eksploatacji z prędkością 160 km/h. Pismem z 21 kwietnia 2011r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących świadectwa dopuszczenia do eksploatacji, które zostało wydane 3 marca 2011 r., zatem po wydaniu pojazdów odbiorcy, co nastąpiło w latach 2009 – 2010. Zamawiający wezwał Odwołującego do wskazania, jakie świadectwo dopuszczenia do eksploatacji było wydane dla pojazdów w chwili dostawy i czy przed uzyskaniem ww. świadectwa w pojazdach tych były wykonane zmiany konstrukcyjne, a jeśli tak, to jakiego rodzaju. Odwołujący, pismem z 26 kwietnia 2011 r. wyjaśnił, iż w chwili wydania pojazdów odbiorcy pojazdy te posiadały świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 130 km/h, a celem uzyskania świadectwa dopuszczającego te pojazdy do eksploatacji z prędkością 160 km/h nie wykonano w nich żadnych zmian konstrukcyjnych. Oświadczenia te zostały potwierdzone również oświadczeniem odbiorcy pojazdów – ING Lease Sp. z o.o. w Warszawie.

Następnie, pismem z 25 maja 2011 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia oraz załączenia dokumentów potwierdzających, iż dostawy te wykonane zostały należycie. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący ponownie złożył wykaz dostaw analogiczny do przedłożonego wraz z ofertą oraz dokument sporządzony przez odbiorcę pojazdów, ING Lease Sp. z o.o. z 25 maja 2011 r., potwierdzający, iż Odwołujący dostarczył wskazane w wykazie pojazdy, a dostarczone pojazdy posiadają świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h, jak również, iż dostawa ta zrealizowana została należycie.

6 czerwca 2011 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu pismo zawierające informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty z uzasadnieniem, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż przedłożone przez niego świadectwo dopuszczenia pojazdów do eksploatacji z 3 marca 2011 r. nie może zostać uznane za odnoszące się do dostaw pojazdów zrealizowanych przez Odwołującego na rzecz ING Lease Sp. z o.o. w Warszawie.

Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem. Odwołujący wraz z ofertą oraz w wyniku wezwania do wyjaśnienia treści oferty i uzupełnienia dokumentów przedłożył wykaz dostaw wraz z dokumentem potwierdzającym, iż zrealizował te dostawy należycie oraz kopią świadectwa dopuszczającego pojazdy będące przedmiotem dostawy do eksploatacji z prędkością 160 km/h. Nie istnieją jakiegokolwiek wątpliwości, że przedłożone świadectwo dopuszczające pojazdy typu 19 WE do eksploatacji z prędkością do 160 km/h dotyczy pojazdów wskazanych w wykazie dostaw, co wynika z samej treści świadectwa, gdyż wskazuje wyraźnie pojazdy kolejowe, dla których zostało wydane: elektryczny zespół trakcyjny typu 19 WE, producent NEWAG SA, Nowy Sącz, rok budowy 2008, dopuszczalna

5

---

prędkość eksploatacyjna 160 km/h. Zatem typ pojazdu, producent, jak i data produkcji pojazdów jest tożsama z pojazdami dostarczonymi firmie ING Lease Sp. z o.o. w Warszawie, wskazanymi w wykazie dostaw. Świadectwo to potwierdza również dopuszczenie tych pojazdów do eksploatacji z prędkością 160 km/h. Te same okoliczności potwierdza pismo odbiorcy pojazdów, ING Lease Sp. z o.o. w Warszawie, tj. typ pojazdu, producenta, daty dostarczenia pojazdów odbiorcy oraz fakt, iż to właśnie te pojazdy, tj. przedstawione przez Odwołującego w wykazie dostaw, posiadają świadectwo dopuszczające je do eksploatacji z prędkością 160 km/h. Odwołujący wyprodukował i dostarczył wyłącznie te cztery pojazdy typu 19 WE. Ponadto gdyby świadectwo to miało być wydane dla innych pojazdów, wskazywałoby ono inny typ pojazdu, gdyż każda zmiana w konstrukcji pojazdu skutkuje nadaniem przez UTK nowego oznaczenia typu pojazdu, oraz inną datę produkcji. Odwołujący spełnił więc wszystkie opisane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi Zamawiającego w zakresie wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Odmienne twierdzenia Zamawiającego wskazujące, iż

pojazdy w chwili ich fizycznego dostarczenia odbiorcy winny posiadać świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością co najmniej 160 km/h, nie znajduje żadnego uzasadnienia ani w świetle przepisów prawa, ani treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli w ramach jednej dostawy Odwołujący dostarczył pojazdy, a następnie uzyskał dla nich świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h, Zamawiający nie posiada jakiegokolwiek prawa do kwestionowania tych zdarzeń. Tym bardziej, iż zdarzenia te są potwierdzone dokumentem urzędowym – świadectwem wydanym przez Urząd Transportu Kolejowego.

Odwołujący podkreślił, iż z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani ogłoszenia, nie wynikał obowiązek wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w postaci przekazania odbiorcy pojazdów już posiadających w chwili odbioru świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h, a jedynie warunek dostawy pojazdów, dla których świadectwo takie zostało wydane. Warunek wymagający najpierw uzyskania świadectwa, a następnie dostarczenia ich do eksploatacji byłby pozbawiony jakichkolwiek podstaw prawnych, nie istnieje bowiem żaden przepis prawa, który nakazywałby producentowi uprzednie uzyskanie jakiegoś konkretnego świadectwa przed wydaniem pojazdów odbiorcy. Zatem gdyby zamiarem Zamawiającego było żądanie wykazania, iż dostarczone pojazdy posiadają już w chwili ich odbioru przez odbiorcę świadectwo dopuszczające je do eksploatacji z prędkością 160 km/h, to winien warunek taki umieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Gdyby zaś hipotetycznie uznać, że sposób rozumowania Zamawiającego jest prawidłowy, to oferta firmy PESA obarczona jest identyczną wadą, która według Zamawiającego uzasadniała wykluczenie Odwołującego z postępowania. Z wykazu przedstawionego przez

6

---

PESE wynika, iż w okresie trzech lat przed terminem składania ofert PESA dostarczyła 3 szt pojazdów typu 16 WEk na rzecz PKP Przewozy Regionalne w 2008 r. oraz 2 pojazdy typu 32 WE na rzecz Województwa Małopolskiego w styczniu 2011 r. – o wymaganej przez Zamawiającego wartości. Na dowód, iż pojazdy te są dopuszczone do eksploatacji z prędkością 160 km/h, PESA przedłożyła świadectwo UTK z 27 czerwca 2007 r., znak T/2007/0126. W ocenie Odwołującego świadectwo to dotyczy zupełnie innych pojazdów niż wskazane w wykazie, gdyż pojazdy te wykonane zostały w roku 2008, zaś świadectwo z 27 czerwca 2007 r. dotyczy pojazdów wybudowanych w roku 2007, w ilości do 11 sztuk. Pojazdy te zaś, w ilości 11 sztuk, zostały przez PESA faktycznie wykonane w roku 2007 i dostarczone w tymże roku na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. W toku wyjaśnień i uzupełniania dokumentów PESA przedłożyła kolejne świadectwo dotyczące pojazdów typu 16 WEk, wydane 17 maja 2010 r., a zatem już po zrealizowaniu dostaw wskazanych w wykazie dostaw. Okoliczności te świadczą, iż w chwili dostarczenia odbiorcy pojazdów wskazanych w wykazie, również i firma PESA nie posiadała świadectwa dopuszczającego te pojazdy do eksploatacji z prędkością 160 km/h, zatem dostawa ww. pojazdów nie mogła być brana przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie ofert.

Natomiast dostawa dla Województwa Małopolskiego dotyczyła wyłącznie dwóch pojazdów, ponadto przedłożony list referencyjny nie wskazuje, iż dostawa ta zrealizowana została należycie, więc list ten nie ma charakteru potwierdzenia należytego wykonania dostaw, co potwierdza odbiorca pojazdów. W związku z zapytaniem, jakie Odwołujący skierował do Województwa Małopolskiego, dotyczącym udzielenia informacji publicznej, Województwo Małopolskie wskazało, iż list referencyjny, dotyczący dostawy przez PESA dwóch sztuk pojazdów typu 32 WE nie potwierdza należytego wykonania dostawy. Potwierdzenia takiego zaś nie mógł ów list zawierać, gdyż przedmiotem dostawy było pięć pojazdów i na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu dostawa nie została w całości przez PESA zrealizowana.

Analogicznie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do wykazu dostaw oraz listu referencyjnego przedłożonego przez PESA w toku wyjaśnienia oferty i uzupełnienia dokumentów. Również „List referencyjny” z 31 marca 2011 r. nie zawiera jakiegokolwiek wzmianki, iż dostawa czterech pojazdów została wykonana należycie (gdyż nie została jeszcze zrealizowana), a jedynie informację, iż PESA dostarczyła cztery pojazdy 32 WE, które uzyskały świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h. Skoro zatem co do 3 pojazdów typu 16 WEk PESA przedłożyła świadectwo dopuszczające te pojazdy do eksploatacji z prędkością 160 km/h wydane po dacie ich dostawy, zaś co do

pojazdów 32WE PESA nie przedłożyła jakiegokolwiek potwierdzenia, iż ich dostawę wykonała należycie, to nie wykazała spełnienia warunku doświadczenia i powinna podlegać wykluczeniu. Co więcej składając wykaz dostaw obejmujący dostarczenie 2 EZT dla

7

---

Województwa Małopolskiego oraz załączając list referencyjny odnoszący się do tych dostaw, mający potwierdzić należyte wykonanie zamówienia, PESA złożyła w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego. Zamawiający podniósł, że w wykazie wykonanych dostaw Odwołujący wskazał, iż od 19 sierpnia 2009 r. do 18 czerwca 2010 r. dostarczył cztery fabrycznie nowe elektryczne zespoły trakcyjne (19WE) na rzecz ING Lease Polska Sp. z o.o., tymczasem załączone do oferty świadectwo Nr T/2011/0163 wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego dopuszczające pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h zostało wydane 3 marca 2011 r. W konsekwencji na podstawie przedłożonych przez Odwołującego dokumentów nie można stwierdzić, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jeżeli bowiem świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h zostało wydane dopiero w marcu 2011 r., oznacza to, iż dostarczone wcześniej EZT takiego świadectwa nie posiadały. Zamawiający w toku postępowania nie kwestionował funkcjonalnego związku pomiędzy załączonym do oferty wykazem dostaw a wydanych dla nich świadectwem dopuszczenia do eksploatacji.

Zamawiający uznał za konieczne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie: „czy EZT, o których mowa w tej pozycji wykazu wykonanych dostaw posiadały świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h”, w odpowiedzi na które Odwołujący oświadczył, iż „pojazdy dostarczone w okresie od 19 sierpnia 2009 do 18 czerwca 2010 r. na rzecz ING Lease sp. z o.o. posiadały w chwili dostawy wydane przez Prezesa UTK świadectwo dopuszczenia do eksploatacji dla prędkości eksploatacyjnej 130 km/h (...)”. Ponadto w przedmiotowych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, odpowiadając na pytanie Zamawiającego, iż „przed wydaniem świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego Nr T/2011/0163 z dnia 03.03.2011 r. nie wykonywaliśmy żadnych zmian konstrukcyjnych w przedmiotowych pojazdach. Zgodnie z wymaganiami polskich przepisów przed wydaniem ww. świadectwa zainstalowaliśmy fotel pomocnika maszynisty (...)”. Dodatkowo Zamawiający zwrócił się z prośbą do przewoźnika Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., który użytkuje przedmiotowe pojazdy o udzielenie odpowiedzi na pytania: czy dostarczone EZT wykonują obecnie pracę przewozową z wykorzystaniem prędkości eksploatacyjnej 160 km/h, czy dostarczane EZT w chwili ich dostawy posiadały świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego z prędkością eksploatacyjną 160 km/h oraz czy kiedykolwiek wyrażano zgodę na modernizację użytkowanych EZT w celu przystosowania ich do prędkości eksploatacyjnej 160 km/h i jaki ewentualnie był zakres zmian i prac eksploatacyjnych. W odpowiedzi SKM wskazała, iż wyprodukowane przez NEWAG S.A. EZT nie wykonują pracy przewozowej z wykorzystaniem prędkości eksploatacyjnej 160 km/h, w postępowaniu

8

---

o zamówienie publiczne wymagano prędkości eksploatacyjnej pojazdów min. 130 km/h, w chwili dostawy pojazdy nie posiadały świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego z prędkością eksploatacyjną 160 km/h, a już po dostawie pojazdów SKM zgodziło się na modernizację pojazdów dla przystosowania ich do prędkości eksploatacyjnej 160 km/h. Zatem wbrew stanowisku Odwołującego EZT podlegały modernizacji w celu uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji w dniu 3 marca 2011 r., na co wskazuje informacja pochodząca od obecnego użytkownika.

W konsekwencji z treści złożonych wyjaśnień oraz załączonych dokumentów nie wynikało w odniesieniu do Odwołującego jednoznacznie potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy niezbędnego dla realizacji niniejszego zamówienia, co potwierdza też informacja uzyskana od SKM Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o.

Ocena doświadczenia zawodowego wykonawcy odnosi się do dostaw zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Dostawy te miały charakteryzować się

cechami wskazanymi przez Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, wartości oraz cech szczególnych, a taką cechą jest posiadanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością do 160 km/h. Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem dostaw EZT, dla których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, wydane przez uprawniony organ dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h. Z punktu widzenia oceny doświadczenia wykonawcy dokonywanego w oparciu o jednolite zasady ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji dla oferowanego przez wykonawcę typu pojazdu po zrealizowaniu dostawy ocenianej dla celów wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może mieć znaczenia, gdyż stałoby to w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ocena doświadczenia zawodowego wykonawcy następuje w oparciu o wykaz wykonanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające ich należyłą realizację. W konsekwencji załączone do oferty Odwołującego referencje/rekomendacje wystawione 6 września 2010 r. nie mogą zostać uznane za potwierdzające wykonanie dostaw EZT o cechach uzyskanych 3 marca 2011 r. Bezsporne jest, iż Zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie kształtowania okresu, w jakim będzie badać spełnianie przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (trzy lata), co nie oznacza jednak, iż Zamawiający może uznać za prawidłową sytuację, w której przedmiot dostawy, którym w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykazuje się wykonawca, nabierał pewnych cech, wymaganych przez Zamawiającego, a proces ten mieścił się w okresie, którego daty graniczne to termin składania ofert i dzień, który wypada trzy lata przed tą datą. Pojazdy posiadają obecnie świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością do 160 km/h, jednakże dokumenty te nie potwierdzają, iż posiadały takie świadectwo w chwili dostawy, a wręcz

logika nakazuje domniemywać, że świadectwa takiego nie posiadały, skoro zostało ono wystawione w terminie znacznie późniejszym. Tymczasem ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu ma na celu w zaistniałym stanie faktycznym weryfikację wykonania przez wykonawcę zadań o określonych cechach, a zatem zadania te muszą posiadać te cechy w chwili ich realizacji. Uznanie za potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonania zadań, które wymagane cechy nabyły po ich realizacji stałoby ponadto w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie zgadza się, iż naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych na skutek odmiennej oceny złożonych przez Odwołującego i PESE analogicznych dokumentów. PESA załączyła do oferty wykaz wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację. W pozycji 3. wykazu ujęto zadanie „Dostawa 2 fabrycznie nowych czterokołowych elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 32 WE, oznaczenie kolejowe EN77”. Z załączonego do oferty listu referencyjnego wystawionego przez Województwo Małopolskie wynika w sposób jednoznaczny, iż dostarczone pojazdy uzyskały świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z prędkością 160 km/h, wykonawca załączył również świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wystawione 13 stycznia 2011 r., a zatem niewątpliwie przed wykonaniem dostawy. Z załączonego do oferty listu referencyjnego wystawionego przez PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. nie wynika, czy EZT uzyskały świadectwo dopuszczenia do eksploatacji z wymaganą przez Zamawiającego prędkością, nie wynika to również jednoznacznie z załączonego świadectwa Nr T/2010/0194, które wskazuje prędkość maksymalną eksploatacyjną bez zabudowanego fotela dla pomocnika maszynisty – 130 km/h, z zabudowanym fotelem dla pomocnika maszynisty zgodnie z rysunkiem nr 310 Bk 250200-1-00 – 160 km/h, a ze złożonych dokumentów nie wynika, czy dostarczone EZT posiadały zabudowany fotel dla pomocnika maszynisty, a zatem nie można stwierdzić, czy objęte były świadectwem dopuszczenia do eksploatacji z prędkością do 160 km/h. W związku z powyższym PESA została wezwana do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. Wykonawca złożył wyjaśnienia, z których treści nie wynika jednak w sposób jednoznaczny spełnianie warunków w opisanym przez Zamawiającego zakresie. W konsekwencji, Zamawiający wezwał ją do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca udzielił wyjaśnień przesyłając świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2007/0126 wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w dniu 27 czerwca 2007 r. dotyczące dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 16WEk oraz referencje wystawione przez Województwo Małopolskie z 31 marca 2011 r. dotyczące dostawy czterech fabrycznie nowych EZT typu 32WE. Wykonawca przedłożył też wykaz dostaw, uzupełniając dotychczas wykazywane dostawy o dostawę 2 fabrycznie nowych czterokołowych

elektrycznych zespołów trakcyjnych typu EZT 32 WE oznaczenie kolejowe EN 77, które zostały dostarczone w marcu 2011 r. na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego, co potwierdzono listem referencyjnym, załączając świadectwo dopuszczenia Nr T/2010/0194.

10

---

Dokumenty te zostały jednak dostarczone do siedziby Zamawiającego w wymaganej formie po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na uzupełnienie dokumentów, zatem nie można uznać, że wykonawca uzupełnił te dokumenty w terminie. Niemniej jednak z treści dokumentów przesłanych wcześniej wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, mimo niedochowania terminu przewidzianego na uzupełnienie, nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy.

Zarzut Odwołującego, jakoby przedłożone przez PESE świadectwo UTK odnosiło się wyłącznie do pojazdów wyprodukowanych i dostarczonych w 2007 r. nie znajduje żadnego potwierdzenia i opiera się na domysłach Odwołującego. Świadectwo wystawione zostało w 2007 r., ale nie zawiera ograniczenia co do daty produkcji i dostawy objętych nim pojazdów.

Odwołujący kwestionuje ponadto treść załączonego do oferty wykonawcy Pesa listu referencyjnego, podnosząc, iż nie zawiera on sformułowania, wskazującego, iż dostawa została wykonana należycie. Zgodnie z od lat utrzymującym się poglądem nie jest konieczne, aby dokument taki zawierał określenie „zostało wykonane należycie”.

Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem dostaw co najmniej 3 EZT, nie ograniczając swego warunku do dostaw dokonywanych na podstawie jednej umowy. Nie budzi wątpliwości, iż w przypadku dostawy kilku EZT w ramach jednej umowy, każdy z pojazdów może zostać dostarczony oddzielnie, co nie będzie miało skutku dla realizacji zamówienia. Brak możliwości wykazywania w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zadań jeszcze niezakończonych odnosi się do tych zamówień, których istotą jest zakończenie realizacji całości. W zaistniałym stanie faktycznym każdy EZT może zostać dostarczony oddzielnie i w stosunku do każdego z nich można dokonać badania należytej realizacji zamówienia. W konsekwencji nie ma żadnych przeszkód, aby w wykazie znalazły się dostawy EZT dostarczonych w ramach kontraktów jeszcze niezakończonych.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosiły - Stadler Bussnang AG po stronie Odwołującego (w zakresie zarzutów dotyczących PESY) oraz Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding – po stronie Zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy, a także przedłożonych dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

11

---

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny, a ze względu na to, że został przytoczony w stanowiskach Stron, nie będzie ponownie opisywany.

Warunkiem udziału w postępowaniu było, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, dostarczył nie mniej niż 3 fabrycznie nowe EZT o łącznej wartości nie mniejszej niż 36.000.000,00 zł brutto, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, wydane na czas nieokreślony lub określony przez UTK lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej lub państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h.

Zdaniem Izby z brzmienia tego warunku wynika jednoznacznie, że odnosi się on nie do wykonania danej liczby dostaw, w znaczeniu zrealizowanych umów, lecz do dostawy lub dostaw trzech elektrycznych zespołów trakcyjnych, niezależnie od tego, ile umów zostało

zawartych. Zamawiający oderwał też dostawę ww. EZT od faktu zawarcia i realizacji konkretnej umowy poprzez użycie określenia „dostarczenie”, co wyraźnie wskazuje, że spełnienie warunku związane jest z dostarczeniem konkretnych EZT, a nie wykonaniem całej umowy lub umów. Zatem nie ma przeszkód, by wykonawcy wykazali dostarczenie EZT również w ramach niezakończonych jeszcze umów lub umów dotyczących dostawy większej ilości EZT. Tym bardziej, że w przypadku zawierania umów odnoszących się do większej ilości EZT, świadczenie jest podzielne, a przyjętą praktyką jest częściowe odbieranie pojazdów w okresie miesięcy, a nawet lat.

Wymogiem Zamawiającego było także, by wykonawca dostarczył nie mniej niż 3 fabrycznie nowe EZT, których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h.

Izba uznała, że Odwołujący spełnił ww. wymóg, gdyż dostarczył 4 nowe EZT, a wydane dla nich świadectwo dopuszczenia do eksploatacji dopuszcza pojazdy do eksploatacji z prędkością 160 km/h.

Nawet jeśli Zamawiający miał taki zamiar, z literalnego brzmienia warunku nie wynika, że świadectwo dopuszczenia do eksploatacji dopuszczające pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h musiało zostać wydane już w chwili dostawy (lub wcześniej). Co więcej, Zamawiający odnosząc się do ww. świadectwa przeszedł z czasu przeszłego na teraźniejszy, a więc nie odnoszący się do momentu dostarczenia EZT, w stosunku do

12

---

którego użył czasu przeszłego, lecz chwili obecnej, tj. chwili badania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, na gruncie brzmienia warunku niemożliwe byłoby uznanie za spełniającą ten warunek dostawy EZT, które w chwili dostawy posiadałyby świadectwo dopuszczające do eksploatacji nieważne w chwili składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Tym bardziej, że, jak wynika z treści świadectw złożonych przez wykonawców w postępowaniu oraz wyjaśnień złożonych podczas rozprawy, przedmiotowe świadectwa mogą być wydawane już po dostarczeniu pojazdów, których one dotyczą, zwłaszcza jeśli odnoszą się do nowego typu EZT lub nowych warunków eksploatacyjnych. Biorąc zaś pod uwagę, że Zamawiający dopuszczał świadectwa wydane na czas określony, oczywiście jest, że zezwalał on jednocześnie na to, żeby były one wystawione z zastrzeżeniem spełnienia wskazanych w nich warunków, po wypełnieniu których zostaną dopiero wydane świadectwa na czas nieokreślony.

Nie ma wątpliwości, że przedstawione przez Odwołującego świadectwo dotyczy EZT, których dostawą Odwołujący się wykazywał, przy tym, co istotne, ich budowa i parametry techniczne nie zostały zmodyfikowane w stosunku do istniejących w dniu dostawy – jak wskazano modyfikacje polegały jedynie na dostarczeniu i przymocowaniu siedzenia pomocnika maszynisty w miejscu już do tego przystosowanym na etapie budowy EZT, co było zmianą konieczną ze względów formalnych uzyskania świadectwa, lecz nie konstrukcyjną.

Zatem nie ma przeszkód, by za zgodne z ww. warunkiem uznać świadectwo, które, co jest oczywiste, Odwołujący uzyskał specjalnie w celu spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Nie ma bowiem podstaw, by przedmiotowy warunek interpretować na niekorzyść wykonawców, w sposób, który nie wynika ani z jego treści, ani celu, którym było, jak wskazywał Zamawiający na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odwołanie sygn. KIO 2518/10), uzyskanie potwierdzenia od stosownego organu (Urzędu Transportu Kolejowego lub równoważnego zagranicznego), że oferowane pojazdy są w stanie spełnić wymóg Zamawiającego odnoszący się do prędkości eksploatacyjnej 160 km/h.

Przedmiotowy warunek nie odnosi się także do wykonywania przez użytkownika pojazdów przewozów ze wskazaną prędkością 160 km/h, co zresztą byłoby trudne do osiągnięcia przy stanie polskiej infrastruktury kolejowej, czy też konieczności wydania potwierdzenia zgodności pojazdu z typem z wymaganą prędkością.

Podobnie w odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding Izba uznała za prawidłowe świadectwo dotyczące dostaw dla PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. uzyskane 17 maja 2010 r. Świadectwo dopuszczenia do

eksploatacji typu pojazdu kolejowego, jak wskazuje sama nazwa, dotyczy typu pojazdu i potwierdza, że EZT typu 16Wek budowane od roku 2007 takie dopuszczenie dla prędkości 160 km/h posiadają, jeśli znajduje się w nich zabudowany fotel dla pomocnika maszynisty, co jest jednym z warunków dopuszczenia pojazdu do eksploatacji z prędkością powyżej 130 km/h. To zaś, że Prezes UTK w jednym świadectwie podał dwie prędkości, dla których dopuszcza typ pojazdu do ruchu – w zależności od zainstalowania ww. fotela, powyższego faktu nie zmienia. Zapisy dotyczące wydania wcześniejszych potwierdzeń zgodności pojazdu z typem odnoszą się do określonego stanu faktycznego i już od użytkownika zależy, czy będzie on starał się o wydanie nowych potwierdzeń zgodności z typem – do większej prędkości eksploatacyjnej.

W odniesieniu zaś do świadectwa z 27 czerwca 2007 r. Izba stwierdziła, iż skoro Prezes UTK uważa je za prawidłowe (jak już Izba wskazała powyżej, Zamawiający dopuszczał eksploatację warunkową – w tym przypadku warunkiem jest prowadzenie dla prędkości 160 km/h eksploatacji nadzorowanej) i dokonał jego rozszerzenia w sposób wynikający z pisma z 18 lipca 2008 r., to Izba również nie ma podstaw do jego kwestionowania.

Z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego oraz Przystępującego – Stadler Bussnang AG wynika, iż rzeczywiście, Województwo Małopolskie nie uznało dostawy dwóch EZT dostarczonych 28 stycznia 2011 r. za zrealizowaną należycie – została ona zrealizowana z opóźnieniem, skutkiem czego Województwo Małopolskie naliczyło kary umowne, a „List referencyjny”, pomimo swojej nazwy faktu należytego zrealizowania nie potwierdza. Z drugiej strony nie wiadomo, w jaki sposób kwestię tę uregulowały pomiędzy sobą Województwo Małopolskie i PESA.

Jednak w związku z tym, że sama dostawa dla PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. powoduje, że PESA spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego, dostawa EZT dla Województwa Małopolskiego nie ma już wpływu na ocenę spełniania przedmiotowego warunku. Na obecnym etapie postępowania (po złożeniu ofert), znaczenie ma bowiem, czy dane informacje, nawet jeśli są nieprawdziwe, miały rzeczywisty wpływ na wynik postępowania. Wprowadzenie do przepisu art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dodatkowej przesłanki „mogące mieć wpływ na wynik postępowania” odnosi się bowiem do etapów wcześniejszych, jak np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdzie wpływ na wynik postępowania mógłby być oceniany jeszcze wyłącznie hipotetycznie.

W związku z tym powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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:** .....