

WYROK
z dnia 30 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Construcciones y Auxillar de Ferrocarrilles S.A z siedzibą w Madrycie, Hiszpania** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego „**PKP Intercity**” S.A., z siedzibą w **Warszawie** protestu z dnia 21 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Construcciones y Auxillar de Ferrocarrilles S.A z siedzibą w Madrycie, Hiszpania
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Construcciones y Auxillar de Ferrocarrilles S.A z siedzibą w Madrycie, Hiszpania**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Construcciones y Auxillar de Ferrocarrilles S.A z siedzibą**

w Madrycie, Hiszpania na rzecz „PKP Intercity” S.A., z siedzibą w Warszawie stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 12 968 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Construcciones y Auxillar de Ferrocarrilles S.A z siedzibą w Madrycie, Hiszpania**.

Uzasadnienie

W dniu 8.08.2008 r. "PKP Intercity" Spółka Akcyjna, z siedzibą w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę 20 sztuk pociągów (składów) zespoleonych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania. Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 2.10.2008 r. upłynął termin składania wniosków w postępowaniu.

W dniu 14 listopada 2008 roku Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wynikach badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Construcciones y Auxillar de Ferrocarrilles S.A. Jose Miguel Iturrioz, 26, Beasain, Hiszpania, adres do korespondencji: 28006 Madryt, Hiszpania, Padilla 17,6° (dalej: Odwołujący) w dn. 21.11.2008 r. wniosła protest, który został przez Zamawiającego oddalony w całości w dn. 2.12.2008 r., w związku z czym Odwołujący w dn. 12.12.2008 r.

wniósł do Prezesa Zamówień Publicznych odwołanie, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący, zarówno w proteście, jak i później w odwołaniu, zarzucił czynnościom Zamawiającego (tj. ocenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w związku ze złożeniem przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie Wykonawcy do udziału w postępowaniu oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że Odwołujący nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych

2

warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy; i w konsekwencji naruszenie normy wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego się z postępowania w okolicznościach, gdy brak było ku temu uzasadnionych podstaw.

Odwołujący wskazał, iż w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 28 października 2008 roku Zamawiający wezwał wnioskodawcę, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych do przedłożenia, między innymi, dodatkowych informacji i dokumentów dotyczących dostaw pociągów dokonanych przez Wykonawcę w okresie trzech lat. W zakreślonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca przedłożył wnioskowane dokumenty, w szczególności dokument potwierdzający prawidłowe wykonanie w latach 2004-2006 dostawy 12 pociągów dalekobieżnych trakcji elektrycznej ATPRD 250 km/h, dwunapięciowych, z urządzeniem do automatycznej zmiany szerokości rozstawu osi. W ocenie Odwołującego, na podstawie tychże dokumentów, można było z łatwością ustalić, że Wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, nie było podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, a zatem rozstrzygnięcie Zamawiającego w tym względzie nastąpiło z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący, wskazując na specyfikę przedmiotu zamówienia, podniósł, że przedmiot każdego zamówienia tego rodzaju, co przedmiot niniejszego postępowania obejmuje zwykle kilka, kilkanaście a co najwyżej kilkadziesiąt pociągów odpowiadających wymaganiom konkretnych zamawiających, i nie jest praktykowane łączne dostarczanie wszystkich zamówionych składów lub dostarczanie ich w krótkich odstępach czasowych. Dostawy nigdy nie odbywają się w równomiernym tempie. Zazwyczaj początkowe tempo dostaw jest o wiele niższe i wzrasta w miarę postępowania procesu dostaw. Zamawiający musi (a przynajmniej, jako profesjonalista - powinien) posiadać niezbędną wiedzę co do sposobu w jaki odbywają się dostawy taboru kolejowego. Dostarczone zaświadczenie stwierdza, że dostawa, mająca potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu rozpoczyna się we wrześniu 2004 r. i kończy się w kwietniu 2006 roku. Nawet w przypadku rozważania liniowego tempa dostaw, które nie jest typowe dla przemysłu taboru kolejowego, biorąc pod uwagę 19 miesięcy pomiędzy datami dostaw, podanymi w zaświadczeniu, od września 2004 r. do kwietnia 2006 r., Zamawiający nadal wypełniałby wymóg dostarczenia co najmniej 5 jednostek w okresie pomiędzy sierpniem 2005 r. i kwietniem 2006 r. (8 miesięcy) (w okresie czasu rozważanym w wymogach Postępowania pomiędzy sierpniem 2005 i sierpniem 2008).

Zamawiający, oddalając protest w całości stwierdził, że Odwołujący nie dostosował się do wymogów określonych w ogłoszeniu. W dołączonej do wniosku „Informacji (...)”, zawarł co prawda informacje na temat kilku zamówień na dostawy pociągów o charakterystyce odpowiadającej parametrom określonym w przedmiotowym warunku,

3

jednak zupełnie nie wziął pod uwagę wymogu dotyczącego konieczności wskazania, kiedy dokładnie (data realizacji przedstawiona w formacie: dd-mrrn-rrrr) przedmiotowe dostawy zostały zrealizowane. Informacje takie również nie wynikają z referencji przedstawionych na potwierdzenie, że wskazane w "Informacji (...)" zamówienia zostały wykonane należycie. Wykonawca w przedmiotowej "Informacji (...)" wykazał zamówienia zrealizowane na podstawie umów obejmujących szerszy okres czasu niż określony w treści warunku, podając jedynie orientacyjne terminy każdej z ostatnich dostaw zrealizowanych w ramach danej umowy. Brak wskazania, kiedy dokładnie miała miejsce realizacja poszczególnych dostaw

pociągów uniemożliwiła Zamawiającemu dokonanie oceny, czy Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.

Wobec takiej treści złożonych dokumentów, Zamawiający w swojej ocenie nie miał możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym w dniu 28 października 2000 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4, zwrócił się do Wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień, oraz o uzupełnienie dokumentów, tzn. "Informacji (..)" oraz dokumentu/ów" potwierdzających, że wskazane w tej "Informacji (...)" zamówienia zostały wykonane należycie, sporządzonych w taki sposób, aby możliwe było na ich podstawie dokonanie oceny, czy Wykonawca rzeczywiście spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.

W odpowiedzi na wezwanie Protestujący złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia oraz dokumenty. Jednakże tytułem potwierdzenia posiadania doświadczenia zawodowego Odwołujący przedstawił zaświadczenie (referencje) wydane przez panią Natividad Nicolas Martin, Dyrektora Działu Zakupów Dyrekcji Generalnej Szybkiej Kolei i Kolei Dalekobieżnej firmy Renfe - Operadora, w którym p. Martin zaświadczyła, że zrealizował on na rzecz Renfe - Operadora dostawę 12 pociągów o parametrach wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia zawodowego, która została zrealizowana w okresie od września 2004 r. do kwietnia 2006 r. W ocenie Zamawiającego taka informacja nie była wystarczająca do oceny, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, dlatego wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący w odwołaniu wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w rezultacie o nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia Odwołującego się do udziału w Postępowaniu; względnie o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu ponownego rozstrzygnięcia w/w protestu oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

4

Nie stwierdzono przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i oświadczeniami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

W pkt. 3.2.3) ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, Zamawiający wskazał, iż wykonawca składający wniosek o udział w postępowaniu, musi posiadać doświadczenie zawodowe polegające na zrealizowaniu (dostawa z przekazaniem do eksploatacji) w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawy lub dostaw co najmniej 5 sztuk pociągów (składów) zespolonych ruchu dalekobieżnego o prędkości max. co najmniej 160 km/h, wyposażonych w układ napędowy w technologii prądu przemiennego. Aby potwierdzić tak opisany warunek udziału w postępowaniu, należało złożyć, potwierdzoną referencjami, informację o doświadczeniu Wykonawcy („Doświadczenie zawodowe”), zawierającą wykaz wykonanych zamówień, zawierający nazwę i adres odbiorcy pociągów, opis dostarczonych pociągów, charakterystykę dostawy, datę realizacji (dd-mm-rrrr).

Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący złożył:

- wykaz wykonanych dostaw, w którym w poz. 1 wskazano okres realizacji umowy „grudzień 2001- marzec 2006” (w niniejszym uzasadnieniu treść przywoływanych dokumentów przytaczana jest zgodnie z tłumaczeniami przysięgłymi dokumentów, załączonych przez Odwołującego do wniosku; kopie dokumentów znajdują się w aktach sprawy, brak ciągłej numeracji kolejnych stron wniosku i załączników) wraz informacją datowaną 12.12.2004 r, iż „dostawa pierwszego pociągu przewidziana jest w kwietniu 2005”; pozostałe pozycje wykazu (od 2 do 4) nie były brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ okres realizacji umów tamże wskazanych kończył się w 2009 bądź w 2010 r. (choć Odwołujący wskazał, że 2 pociągi objęte umową opisaną pod poz. 4 wykazu zostały już dostarczone, nie potwierdził tego referencjami, również na późniejszym etapie);

- informację datowaną 26.09.2008 r., iż Odwołujący „jest w trakcie produkcji i wkrótce rozpocznie dostawy (...)”.

Następnie w dn. 5.11.2008 w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący złożył dokument datowany 30.10.2008 r., potwierdzający, że Odwołujący wyprodukował, dostarczył i uruchomił 12 pociągów, a „dostawy wykonano w okresie od września 2004 do kwietnia 2006”. W treści pisma Odwołującego z dnia 5.11.2008 r. jest zawarta wzmianka (strona nr 2), iż dokument w załączeniu (z kontekstu wynika, że chodzi o załączone referencje) „zawiera

5

także terminy, w których zrealizowano poszczególne dostawy”, lecz w rzeczywistości brak takich informacji w załączonym dokumencie.

Odwołujący nie wnosił o przedłużenie terminu do złożenia wymaganych dokumentów, natomiast w dn. 14 i 17 listopada br. (tj. po upływie określonego przez Zamawiającego terminu) przekazał Zamawiającemu kolejne dokumenty, które miały poświadczyć, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający na rozprawie przyznał, że dokumenty te mogą potwierdzać warunek udziału dotyczący doświadczenia zawodowego (choć z ostrożności procesowej wskazywał na nieścisłości zawarte tamże), jednak wskazał, że nie mógł brać ich pod uwagę przy ocenie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ zostały złożone po wyznaczonym do tego terminie.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że wraz z pismem złożonym przez Odwołującego w dn. 5.11.2008 r., tj. w terminie określonym przez Zamawiającego, Odwołujący nie złożył żadnych dokumentów ani wyjaśnień, które zmieniłyby lub w jakikolwiek istotny sposób uzupełniały informacje (dokumenty) złożone wraz z wnioskiem. Dopiero dokument przekazany Zamawiającemu 17.11.2008 r. ma walor nowości – bowiem wynikają z niego wprost terminy dostaw poszczególnych składów pociągów (projekt tego pisma przesłano Zamawiającemu faksem w dn. 14.11.2008 r.). Jednak ta informacja nie tylko nie pojawiła się na wcześniejszym etapie postępowania, ale również wykracza w sposób istotny poza informacje złożone wraz z wnioskiem – zgodnie z pkt. 1 wykazu umowa na dostawę pociągów miała być realizowana pomiędzy grudniem 2001, a marcem 2006, zgodnie z dokumentem przedłożonym Zamawiającemu w dn. 5.11.2008 r. - dostawa miała być realizowana w okresie od września 2004 do kwietnia 2006, natomiast w nowym dokumencie wskazano w wykazie szczegółowym, że „oddanie do eksploatacji handlowej” nastąpiło pomiędzy 16.05.2006 r. a 4.09.2006 r. Odwołujący wywodził, że informacje te nie są sprzeczne, ponieważ okres od września 2004 do kwietnia 2006 obejmuje terminy fizycznego przekazania pociągów, natomiast od 16.05.2006 r. do 4.09.2006 r. – terminy przekazania do eksploatacji. Obie Strony bowiem rozróżniały termin „fizycznego przekazania” i „dopuszczenia do eksploatacji”, przy czym właśnie temu drugiemu terminowi przypisywały istotne znaczenie. Co do tych okoliczności nie było sporu pomiędzy Stronami, dlatego wydaje się, że można zaakceptować pogląd wyrażony przez Odwołującego odnośnie rozbieżności pomiędzy wskazanymi w złożonych pismach okresami, co nie zmienia faktu, że trudno było się spodziewać, iż Zamawiający z dokumentów złożonych w wyznaczonym terminie poweźmie informację, że faktyczna realizacja dostaw przez Odwołującego nastąpiła w okresie od 16.05.2006 r. do 4.09.2006 r.

6

Podsumowując, dokument, który mógłby potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu (jak przyznał Zamawiający na rozprawie) został złożony po określonym przez Zamawiającego terminie; prawdopodobnie, gdyby wraz z wnioskiem zostały złożone dokumenty, które wyszły na jaw dopiero po dniu 14.11.2008 r. nie doszłoby do odwołania.

Biorąc pod uwagę opisane wyżej okoliczności, Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie uznał w piśmie z dn. 14.11.2008 r., skierowanym do uczestników postępowania, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, wykonawców wyklucza się z postępowania, jeżeli nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub

dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy. Jak wynika z wcześniejszych ustaleń, Odwołujący nie złożył dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, przy czym nie kwestionował opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zawartego w ogłoszeniu (dlatego Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego, złożonego na posiedzeniu, dotyczącego odrzucenia odwołania, ponieważ wg Zamawiającego miałoby ono odnosić się do treści ogłoszenia); zarzuty protestu i odwołania jednoznacznie odnosiły się do oceny przez Zamawiającego złożonych wraz z wnioskiem (i później) dokumentów, oraz siły dowodowej tychże.

Odwołujący błędnie wywodzi, że nie miał obowiązku za pomocą złożonych dokumentów „wykazywać prawdziwości” tezy, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, wg niego wystarczające jest „umocnienie wiarygodności”. Taki pogląd nie ma oparcia w ocenie Izby w obowiązujących przepisach. Zgodnie z § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.), w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. W ogłoszeniu Zamawiający w sposób jasny opisał zarówno warunek, jak i dokumenty, które należy złożyć, aby wykazać spełnienie tak opisanego warunku; Odwołujący nie podważał rozumienia przez Zamawiającego warunku opisanego w ogłoszeniu, a Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów objętych protestem.

7

Zamawiający w piśmie z dn. 28.10.2008 r., wzywającym do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, precyzyjnie wyjaśnił, jakie braki zostały dostrzeżone w dokumentach Odwołującego, złożonych wraz z wnioskiem i w jaki sposób należy je uzupełnić; wezwania tego Odwołujący również nie kwestionował, choć w zakresie dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego nie przedłożył w złożonym w terminie uzupełnienia żadnych nowych informacji. Konkluzja Zamawiającego, iż Odwołujący podlega wykluczeniu, zatem - wbrew opinii Odwołującego - ani nie narusza art. 7 ust. 1, ani nie jest oparta na błędnych ustaleniach faktycznych. Ze złożonych w terminie dokumentów nie wynikało, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie mógł na ich podstawie dokonać innej oceny, nawet biorąc pod uwagę prawdopodobieństwo, że wykonane przez Odwołującego dostawy zostały zrealizowane raczej bliżej końca trwania umowy, niż jej początku (tj. tuż przed marcem 2006 r., a nie tuż po grudniu 2001 r. - zgodnie z pierwszą pozycją wykazu załączonego do wniosku, w uzupełnionych dokumentach jako datę pierwszej dostawy wskazano wrzesień 2004 r.). Zamawiający bowiem podejmuje decyzję o wykluczeniu na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów; opieranie się na przyjęciu za pewnik zaistnienia „prawdopodobieństwa” w ocenie Izby naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Również za naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych możnaby uznać ewentualne uwzględnienie przez Zamawiającego dokumentów złożonych po wyznaczonym terminie, tj. w dn. 17.11.2008 r. Zauważyć należy, że Zamawiający wykluczając Odwołującego, w piśmie z dn. 14.11.2008 r. nie stwierdził, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, lecz wskazał, że Odwołujący „nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego”, co stanowi podstawę wykluczenia w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się w zaskarżonych czynnościach Zamawiającego uchybień wskazanych przez Odwołującego, wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania. Zasadzono

Zamawiającemu połowę kosztów wynikających z faktury 070/2008, tj. kwotę 1800 zł, ponieważ Zamawiający wnosząc o zasądzenie kosztów oświadczył, że kwota wynikająca ze złożonej faktury obejmuje wynagrodzenie z tytułu zastępstwa procesowego w obu postępowaniach odwoławczych, połączonych do łącznego rozpoznania, tj. w sprawie KIO/UZP 1456/08 i KIO/UZP 1462/08 (sprawa KIO/UZP 1462/08 została rozstrzygnięta po przeprowadzeniu posiedzenia).

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....