Sygn. akt: KIO 408/14

WYROK

z dnia 18 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2014 r. przez **NEWAG Spółkę Akcyjną w Nowym Sączu** w postępowaniu prowadzonym przez „Koleje **Mazowieckie – KM" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółkę Akcyjną w Bydgoszczy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obcią a **NEWAG Spółkę Akcyjną w Nowym Sączu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NEWAG Spółkę Akcyjną w Nowym Sączu** tytułem wpisu od odwołania
   2.2 zasądza od **NEWAG Spółki Akcyjnej w Nowym Sączu** na rzecz „Kolei **Mazowieckich – KM" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w **Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 408/14

Uzasadnienie

Zamawiający - „Koleje Mazowieckie – KM" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup 20 sztuk nowych piętrowych wagonów oraz 2 sztuk nowych wagonów sterowniczych i 2 sztuk nowych lokomotyw do składów pociągów w systemie push-pull, znak: MWZ3-205-146-2013.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 marca 2014 roku wykonawca NEWAG SA w Nowym Sączu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:
1. zaniechaniu wezwania wykonawcy - spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA (dalej: "PESA") do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów zło onych przez PESA celem wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, polegającego na realizacji zamówienia obejmującego dostawę co najmniej jednej nowej lokomotywy elektrycznej jedno lub dwukabinowej przystosowanej technicznie dojazdy z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h ewentualnie zaniechaniu wezwania spółki PESA do zło enia wyjaśnień odnoszących się do ww. oświadczeń i dokumentów;
2. wyborze oferty zło onej przez wykonawcę PESA jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w szczególności art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 4, 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uniewa nienia czynności wyboru oferty spółki PESA jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. dokonania powtórnego badania i oceny ofert, a w konsekwencji wezwania spółki PESA do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów zło onych przez PESA celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegającego na realizacji zamówienia obejmującego dostawę co najmniej jednej nowej lokomotywy elektrycznej jedno lub

dwukabinowej przystosowanej technicznie dojazdy z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h ewentualnie wezwania do zło enia wyjaśnień odnoszących się do ww. oświadczeń i dokumentów.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, e w dniu 15 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o zamówieniu publicznym, którego dotyczy postępowanie. W postępowaniu swoje oferty zło yło dwóch wykonawców - Newag oraz PESA. Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie się przez wykonawców posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji zamówienia obejmującego dostawę co najmniej jednej nowej lokomotywy elektrycznej jedno lub dwukabinowej przystosowanej technicznie dojazdy z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h (Sekcja III. 2. 1) 2) a) Ogłoszenia o zamówieniu). Na potwierdzenie spełniania powy szego Warunku Udziału spółka PESA załączyła do oferty „Wykaz wykonanych głównych dostaw” (s. 13 oferty), w którym wskazała zamówienie w postaci „dostawy w formie dzier awy 1 fabrycznie nowej, dwukabinowej lokomotywy elektrycznej typu 111 Ed GAMA (oznaczenie kolejowe 11 lEd- 001) przystosowanej technicznie dojazdy z prędkością eksploatacyjną 160 km/godz.”, zrealizowane na rzecz spółki LOTOS Kolej Sp. z o.o. (dalej: „LOTOS Kolej”). Jako dowód nale ytego wykonania powy szego zamówienia PESA załączyła do oferty dokument zatytułowany „Referencje” (s. 14 oferty), wystawiony przez LOTOS Kolej w dniu 5 grudnia 2013 r. W dniu 21 lutego 2014 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty zło onej przez PESĘ jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego z dokumentu referencji tego nie wynika w aden sposób, e zamówienie na rzecz LOTOS Kolej zostało lub jest wykonywane nale ycie.

Po drugie, w „Wykazie wykonanych głównych dostaw” PESA oświadczyła, i dostawa lokomotywy typu 11 lEd GAMA dla spółki LOTOS Kolej nastąpiła w formie dzier awy oraz e dostawa (data wykonania zamówienia) została zrealizowana 11 stycznia 2013 r., podczas gdy w referencjach wystawionych w dniu 5 grudnia 2013 r. (a więc 11 miesięcy po dacie wykonania zamówienia podanej w oświadczeniu PESY - „Wykazie wykonanych głównych dostaw”) wskazano, i dzier awa lokomotywy „odbywa się” na podstawie umowy najmu z dnia 10 grudnia 2012 r.

Po trzecie, z referencji wynika, e przedmiotowa lokomotywa jest w trakcie prób eksploatacyjnych, co nie jest równoznaczne z wykonaniem tego zamówienia i nie mo e być zrównane z jazdą eksploatacyjną, a co więcej budzi wątpliwości co do mo liwości wykazania

tego zamówienia jako dostawy biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia objętego niniejszym postępowaniem oraz definicję dostawy zawartą w art. 2 pkt 2 Pzp.

Po czwarte, z publicznie dostępnych informacji na temat tej lokomotywy wynika, e w okresie obowiązywania umowy lokomotywa ta kilkakrotnie była w posiadaniu spółki PKP Intercity. Tym samym nie sposób przyjąć, i w tych okresach posiadaczem lokomotywy była spółka LOTOS Kolej. W konsekwencji referencje wystawione przez LOTOS Kolej siłą rzeczy nie obejmują całego okresu u ywania przedmiotowej lokomotywy i nie mogą być dowodem na okoliczność nale ytego wykonania czy te wykonywania zamówienia przez PESA. W ocenie odwołującego zamówienie wskazane przez PESĘ w ofercie celem wykazania

spełniania warunku udziału nie potwierdza spełnienia tego warunku. W konsekwencji zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia zawartego w „Wykazie wykonanych głównych dostaw” i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału, względnie wyjaśnienia wskazanych powy ej okoliczności, czego bezpodstawnie zaniechał.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie się przez wykonawców posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a je eli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie –

a) zamówienia obejmującego dostawę co najmniej jednej nowej lokomotywy elektrycznej jedno lub dwukabinowej przystosowanej technicznie dojazdy z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h (Sekcja III. 2. 1) 2) a) Ogłoszenia o zamówieniu) oraz

b[1)] zrealizowali zamówienie/a obejmujące dostawę co najmniej jednego wagonu piętrowego sterowniczego przystosowanego technicznie do prowadzenia pociągów typu push/pull z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h oraz co najmniej pięciu nowych wagonów piętrowych środkowych u ywanych w składach push/pull przystosowanych technicznie do jazdy z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h lub

b[2]) zrealizowali zamówienie obejmujące dostawę/y co najmniej sześciu nowych co najmniej czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h oraz

c[1]) świadczyli usługi utrzymania technicznego pociągów typu push/pull zło onych z lokomotyw elektrycznych, wagonów środkowych i sterowniczych przez okres co najmniej 6 miesięcy lub

c[2]) świadczyli usługi utrzymania technicznego co najmniej jednej lokomotywy elektrycznej i co najmniej sześciu co najmniej czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h przez okres co najmniej 6 miesięcy.

Termin składania ofert wyznaczony został na 6 lutego 2014 roku.

Na potwierdzenie spełniania powy szego warunku udziału spółka PESA załączyła do oferty „Wykaz wykonanych głównych dostaw” (s. 13 oferty), w którym wskazała zamówienie w postaci „dostawy w formie dzier awy 1 fabrycznie nowej, dwukabinowej lokomotywy elektrycznej typu 111 Ed GAMA (oznaczenie kolejowe 11 lEd- 001) przystosowanej technicznie dojazdy z prędkością eksploatacyjną 160 km/godz.”, zrealizowane na rzecz spółki LOTOS Kolej Sp. z o.o. Jako dowód nale ytego wykonania powy szego zamówienia PESA załączyła do oferty dokument zatytułowany „Referencje” (s. 14 oferty), wystawiony przez LOTOS Kolej Sp. z o.o.w dniu 5 grudnia 2013 r.

Pismem z dnia 12 lutego 2014 roku zamawiający wezwał przystępującego do zło enia dowodu potwierdzającego, e dostawa lokomotywy wskazanej w wykazie wykonanych głównych dostaw została wykonana nale ycie. Przy piśmie z dnia 17 lutego 2014 roku PESA zło yła referencje z dnia 30 stycznia 2014 roku, w których zostało jednoznacznie stwierdzone, e zamówienie wymienione w wykazie zostało wykonane nale ycie, zgodnie z umową.

W dniu 21 lutego 2014 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty zło onej przez

PESĘ jako oferty najkorzystniejszej.

Izba zwa yła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, ze odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzuty odwołania ze zasługują na uwzględnienie. Wskazany przez odwołującego warunek postępowania polegał na wykazaniu, e wykonawca zrealizował dostawę co najmniej jednej nowej lokomotywy elektrycznej o wskazanych parametrach. Przystępujący PESA w wykazie wykonanych głównych dostaw wskazał na dostawę w formie dzier awy takiej lokomotywy dla LOTOS Kolej Sp. z o.o.

Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy Pzp przez dostawę w rozumieniu ustawy Pzp rozumieć nale y nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzeda y, dostawy, najmu, dzier awy oraz leasingu.

Umowa dzier awy jest umową nazwaną Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 693 § 1 K.c. przez umowę dzier awy wydzier awiający zobowiązuje się oddać dzier awcy rzecz do u ywania i pobierania po ytków przez czas oznaczony lub nie oznaczony, a dzier awca zobowiązuje się płacić wydzier awiającemu umówiony czynsz. Przystępujący PESA wykazując dostawę wymaganej lokomotywy na podstawie umowy dzier awy uczynił zadość wskazanemu warunkowi SIWZ.

Bez znaczenia dla danej sprawy jest fakt, e wystawca referencji z dnia 5 grudnia 2013 roku – LOTOS Kolej Sp. z o.o. u ył w treści referencji zarówno sformułowania „umowa dzier awy", jak i „najmu", który jest innym rodzajem umowy. Fakt zrealizowania dostawy wynika bowiem ze zło onego przez przystępującego wykazu. Dokument referencji ma jedynie potwierdzać fakt nale ytego wykonania lub wykonywania umowy.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art.. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie zło yli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie zło yli pełnomocnictw, albo którzy zło yli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy zło yli wadliwe pełnomocnictwa, do ich zło enia w wyznaczonym terminie, chyba e mimo ich zło enia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby uniewa nienie

postępowania. Faktem jest, i zło ony przez przystępującego dokument referencji z dnia 5 grudnia 2013 roku nie potwierdzał, ze umowa została wykonana nale ycie. Niemniej jednak zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, zawierającego informację na temat nale ytego wykonania lub wykonywania zamówienia i taki dokument został przez przystępującego uzupełniony.

Nie mają znaczenia dla sprawy rozbie ności w dacie zrealizowania dostawy wskazanej w wykazie przystępującego (11 stycznia 2013 roku) a datą zawarcia umowy dzier awy pomiędzy wykonawcą PESA a LOTOS Kolej Sp. z o.o. (10 grudnia 2102 roku). Dzień zawarcia umowy mo e przecie poprzedzać realizację świadczenia z niej wynikającego. W przypadku tak powa nego przedsięwzięcia jakim jest dostawa lokomotywy jest to rzecz oczywista. Ponadto obie wskazane daty mieszczą się w wymaganym okresie trzech lat przed terminem składania ofert.

Bez znaczenia dla sprawy jest wynikająca z referencji informacja, e lokomotywa jest w trakcie prób eksploatacyjnych. To, w jaki sposób nabywca lokomotywy ja wykorzystuje, nie ma wpływu na fakt wykonania dostawy przez przystępującego i nie było wskazane w opisie warunków udziału w postępowaniu.

I wreszcie – bez znaczenia, wobec podniesionych zarzutów, ma argumentacja odwołującego, e przez cały czas trwania umowy dzier awy lokomotywa nie była w sposób nieprzerwany w posiadaniu LOTO Koleje Sp. z o.o. Zwa yć nale y, e zarzuty odwołania sprowadzały się do niewykazania przez przystępującego, i spełnia on warunek udziału w postępowaniu polegający na dostawie lokomotywy o wskazanych parametrach. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu zarzutu polegającego na niespełnianiu przez przystępującego warunku świadczenia usług utrzymania technicznego co najmniej jednej lokomotywy elektrycznej i co najmniej sześciu co najmniej czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h przez okres co najmniej 6 miesięcy. Zarzut taki odwołujący podniósł dopiero na rozprawie przed Krajową lzbą Odwoławczą, a zatem z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest zatem podstaw do nakazywania zamawiającemu wzywania przystępującego do składania wyjaśnień w tym zakresie. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do zło enia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, nale y zatem uznać za bezzasadny.

W ocenie lzby przystępujący wykazał, i spełnia postawiony w rozdz. Vll pkt 2 lit. a SIWZ warunek udziału w postępowaniu. Tym samym odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów naruszenia art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 4.

Biorąc pod uwagę powy sze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....