i

Sąd Okręgowy w Gdańsku

XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
ul. Nowe Ogrody 30/34
80-803 Gdańsk

Data 04/10/2010

Sygnatura SR KIO/UZP 423/10

Sygn. akt XII Ga 231/10

(w odpowiedzi należy podać datę i sygnaturę akt)

Pan

Prezes

Urzędu Zamówień Publicznych
Departament Odwołań Warszawa

DORĘCZENIE

Sąd Okręgowy w Gdańsku doręcza odpis wyroku wydanego w sprawie XII Ga 231/10 z uzasadnieniem.

Zgodnie z zarządzeniem sędziego

SEKRETARZ SĄDOWY
Sądu Okresowego w Gdańsku

Sygn. akt XII Ga 231/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2010 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:
Przewodniczący: SSO Bożena Kachnowicz- Kokot
Sędziowie: SSO Dariusz Janiszewski

SSO Grażyna Tarkowska (spr.)

Protokolant: apl.adw. Łukasz Budnik

po rozpoznaniu w dniu 25 czerwca 2010 roku, w Gdańsku,

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz Spółki Akcyjnej Holding w Bydgoszczy

z udziałem zamawiającego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego w przedmiocie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 06 kwietnia 2010 roku, sygnatura akt KIO/UZP 423/10

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego wykonawcy Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz Spółki Akcyjnej Holding w Bydgoszczy na rzecz zamawiającego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego kwotę 600,00 .[1] zł (sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

Sygn. akt XII Ga 231/10

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 06 kwietnia 2010 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wykonawcy Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz Spółki Akcyjnej Holding w Bydgoszczy od rozstrzygnięcia zamawiającego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego (a dokładnie Województwa Pomorskiego, którego przedstawicielem jest Marszałek działający przy pomocy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego), obciążając kosztami postępowania odwołującego.

W uzasadnieniu KIO wskazała, że biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. KIO ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art.22 ust.l pkt 2 PZP w zw.z art.24 ust.l pktlO PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że przedstawione w załączonym do oferty wykazie (załącznik nr 6 do SIWZ, załącznik nr 7 do oferty) dostawy potwierdzają spełnienie przez firmę Newag S.A. warunki udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia polegającego na „wykonaniu i dostawie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy- w tym okresie, co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 100 *miejscami* siedzącymi dla podróżnych oraz co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 150 miejscami siedzącymi dla podróżnych, które byłyby przystosowane konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich", co w konsekwencji doprowadziło do błędnego nie wykluczenia Newag S.A. z postępowania, jako wykonawcy, który nie posiada niezbędnego doświadczenia;

- art.24 ust.2 pkt 2 ustawy PZP oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych poprzez niezastosowanie i niewykluczenie z przedmiotowego postępowania Newag S.A. z powodu złożenia przez Spółkę Newag nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania zawartych w treści załącznika nr 7 do oferty;

- art.24 ust.4 PZP w zw. z art.89 ust.1 pkt 5 PZP poprzez jego niezastosowanie i nieodrzucenie oferty Spółki Newag jako złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

- art.7 ust.3 PZP poprzez wybór oferty Spółki Newag w sposób sprzeczny z przepisami prawa, co skutkować będzie udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą PZP.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący domagał się:

- dokonania powtórnego badania ofert,

- wykluczenia z postępowania Spółki Newag oraz odrzucenia oferty tego przedsiębiorcy,

- wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

KIO nadto wskazała, że zgodnie z ustalonym w sprawie stanem faktycznym zamawiający podał w § 4 ust. 1 pkt 1 SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają wymagania określone w art. 22 ust. 1 PZP, w szczególności „wykonali i dostarczyli w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 100 miejscami siedzącymi dla podróżnych oraz co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego minimum 150 miejscami siedzącymi dla podróżnych, które były przystosowane konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich".

Taki zapis wywołał u odwołującego wątpliwości odnośnie interpretacji pojęcia „wykonali i dostarczyli" w kontekście cechy „nowości" zamawianych pojazdów. Odwołujący stanął na stanowisku, że użyte sformułowanie „wykonali" należy rozumieć jako „zrobić coś", „wyprodukować", „wytworzyć", powstanie nowych jednostek. Według odwołującego zamawiający oczekiwał więc wytworzenia pojazdu od nowa, z nowych elementów w oparciu o dokumentacje zawierające projekty nowych pojazdów. Pojęcia „wytworzyć", zdaniem odwołującego nie można utożsamiać z pojęciem pojazdu składającego się z elementów nowych i odzyskanych. Tymczasem Newag Spółka Akcyjna złożyła ofertę w której przedstawiła jako potwierdzenie uzyskanego doświadczenia w zakresie wykonania pojazdów szynowych informację, że wyprodukowała i dostarczyła pojazdy szynowe typu 14 WE. Zdaniem odwołującego Spółka Newag nie wytworzyła nowych pojazdów szynowych, a jedynie dostarczyła pojazdy szynowe zmodernizowane. W związku z powyższym powinna zostać wykluczona w niniejszym postępowaniu, gdyż nie spełnia warunku posiadania doświadczenia w zakresie wykonania nowych pojazdów szynowych.

Zgodnie z art.24 ustawy PZP zamawiający wyklucza z postępowania tych wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowani u lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków.

W ocenie KIO nie sposób uznać, że zamawiający postawił wykonawcom warunek, aby wykazali się oni doświadczeniem w zakresie wykonania i dostawy pojazdów nowych. Takie twierdzenie odwołującego nie znajduje, zdaniem KIO, potwierdzenia w treści SIWZ. Zamawiający w żadnym z warunków określonych w SIWZ nie wymagał bowiem, aby wykonawcy dokumentując doświadczenie wykazali wykonanie pojazdów nowych, a pojęcie „wykonanie" rozumiał jako „wyprodukowanie". Takie rozumienie warunków SIWZ potwierdził w toku postępowania zamawiający. Zamawiający przyznał, iż w toku postępowania przetargowego dwukrotnie dokonywał modyfikacji treści SIWZ w zakresie tego warunku. W pierwotnym brzmieniu SIWZ zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy wykazali, że wykonali i dostarczyli nie mniej niż trzy sztuki nowych pojazdów szynowych. Jednak ostatecznie zamawiający zrezygnował z wymogu dostarczenia pojazdów wykonanych wyłącznie z nowych elementów i dopuścił możliwość dostarczenia pojazdów wykonanych ze starych i nowych części.

Ponadto KIO zwróciła uwagę, że z załączonego przez Spółkę Newag świadectwa nr T/2007/0136 dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydanego w dniu 23 lipca 2007 roku przez Urząd Transportu Kolejowego wynika, iż Newag Spółka Akcyjna

jest producentem pojazdów typu 14 WE. W świadectwie tym Spółka Newag nie została wskazana jako podmiot, który wykonał naprawę główną z modernizacją, lecz jako producent pojazdów kolejowych. Według KIO treść przedmiotowego świadectwa jednoznacznie określa więc Newag Spółkę Akcyjnajako producenta pojazdów kolejowych typu 14 WE. W ocenie KIO brak jest więc podstaw do przyjęcia, że pojazd typu 14 WE jest wynikiem jedynie modernizacji pojazdu już istniejącego. W tym stanie rzeczy KIO uznała, że dokumenty znajdujące się w aktach postępowania potwierdzają, iż Spółka Newag jest producentem pojazdów, a zatem dokumenty te potwierdzają, że Spółka Newag jako producent pojazdy te wykonała.

W ocenie KIO dokumenty przedstawione przez Newag Spółkę Akcyjną potwierdzają spełnienie przez tę spółkę postawionego przez zamawiającego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia posiadanego przez wykonawców. Nieuzasadniony jest więc podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP.

KIO wskazała, że oferta Newag Spółki Akcyjnej została oceniona przez zamawiającego na podstawie złożonych dokumentów oraz jego wiedzy w tym zakresie, który pozwolił na wybór tego wykonawcy w oparciu o warunki ustanowione w SIWZ z zachowaniem wszystkich zasad wynikających z PZP. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP jest więc również nieuzasadniony.

Z uwagi na fakt, że zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP nie znalazły potwierdzenia w postępowaniu, KIO za niezasadne uznała również zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 7 ust. 3 PZP.

Od powyższego orzeczenia skargę wywiódł wykonawca Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy zarzucając naruszenie:

- art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że przedstawione w ofercie złożonej przez Newag Spółkę Akcyjną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 206.000 euro na „Wykonanie i dostawę 6 nowych spalinowych zespołów trakcyjnych" zwanym dalej postępowaniem w załączonym do tej oferty wykazie (załącznik nr 6 do SIWZ, załącznik nr 7 do oferty) dostawy potwierdzają spełnienie przez Spółkę Newag warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia polegającego na „wykonaniu i dostawie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 100 miejscami siedzącymi dla podróżnych oraz co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 150 miejscami siedzącymi dla podróżnych, które byłyby przystosowane konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich", co w konsekwencji doprowadziło do błędnego nie wykluczenia Spółki Newag z postępowania jako wykonawcy, który nie posiada niezbędnego doświadczenia;

- art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez jego niezastosowanie i nie wykluczenie z przedmiotowego postępowania Newag S. A. z powodu złożenia przez tę Spółkę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania zawartych w treści załącznika nr 7 do oferty - wykaz wykonanych dostaw oraz w treści pisma Newag S.A. z dnia 27 stycznia 2010 roku (odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 26 stycznia 2010 r.);

- art. 24 ust. 4 PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że przedstawione w załączonym do oferty wykazie (załącznik nr 6 do SIWZ, załącznik nr 7 do oferty) dostawy potwierdzają spełnienie przez Newag S.A. warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wymienionego wyżej doświadczenia, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego nie wykluczenia Newag S.A. z postępowania jako wykonawcy, który nie posiada niezbędnego doświadczenia, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie tj. oddalenie odwołania przez KIO pomimo istnienia podstaw do wykluczenia z postępowania Newag S.A. i odrzucenia jego oferty jako wykonawcy nie posiadającego niezbędnej wiedzy i doświadczenia ani potencjału technicznego czy osób zdolnych do wykonania zamówienia;

- art. 7 ust. 3 PZP poprzez oddalenie przez KIO odwołania pomimo wyboru wykonawcy z naruszeniem PZP;

- naruszenie art. 188 ust. 7 PZP polegające na niedokonaniu przez KIO wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i przekroczeniu przez KIO granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności przez:

a) nieprzeprowadzenie przez KIO dowodów wskazanych przez skarżącego w związku z błędnym przyjęciem, że objęcie okoliczności stanowiących merytoryczną podstawę protestu treścią dokumentu urzędowego umożliwia pominięcie wniosków dowodowych w tym zakresie, co pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 76 ust. 3 k.p.a.,

b) przyjęcie przez KIO, że skarżący w postępowaniu przez KIO „nadinterpretował treść warunku postawionego przez zamawiającego", a w związku z czym oczekiwał, że zamawiający „wykluczy wykonawcę za niespełnienie warunku, którego nie postawił" w sytuacji gdy skarżący w postępowaniu odwoławczym powoływał się na wyjaśnienia warunku udziału w postępowaniu przekazane uczestnikom postępowania przez zamawiającego i oczekiwał ochrony swego interesu prawnego naruszonego działaniem zamawiającego polegającym na niestosowaniu wyjaśnień warunku udziału w postępowaniu do oferty Newag S.A.,

c) wywodzenie z faktu niezaskarżenia przez skarżącego decyzji wydanej przez Prezesa UTK na rzecz Newag S.A. w postaci świadectwa T/2007/0136 wniosku, że dokument ten ponad wszelką wątpliwość potwierdza, że Newag S.A. jest producentem pojazdów szynowych typu 14WE,

d) pominięcie wykazanej przez skarżącego dokumentami urzędowymi w postaci świadectw dopuszczających do eksploatacji okoliczności określania przez Prezesa UTK w świadectwach producentami podmiotów wykonujących modernizację określonego podzespołu pojazdu;

- naruszenie art. 191 ust. la PZP polegające na oddaleniu odwołania mimo istnienia podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów PZP, które miało wpływ na wynik postępowania, w szczególności niewyjaśnienie okoliczności istotnych dla sprawy poprzez wadliwe i dowolne przyjęcie przez KIO, że skoro wykonawca złożył wykaz dostaw pojazdów szynowych wraz ze świadectwem typu 14WE wadliwie określającym Newag S.A. jako producenta, to Newag S.A. spełnia warunek doświadczenia wymagany w postępowaniu, podczas gdy nie posiada on wymaganego doświadczenia;

- naruszenie art. 192 ust. 2 PZP polegające na niewskazaniu przez KIO podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym niewskazanie faktów, które uznała za udowodnione, dowodów na których się oparła oraz przyczyn dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku KIO w całości poprzez uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności z dnia 01 marca 2010r. w przedmiocie odrzucenia protestu odwołującego,

- dokonanie powtórnego badania i oceny ofert,

- wykluczenia z postępowania Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu oraz odrzucenie jego oferty,

- wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Skarżący wniósł ponadto o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w proteście i odwołaniu na okoliczności w nich przywołane,

- zwrócenie się przez Sąd do Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego o udzielenie informacji, czy pojazd 14WE przed uzyskaniem świadectwa dopuszczenia do eksploatacji przeszedł

badania wymagane dla pojazdu nowego,

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z przedłożonymi przed KIO dokumentami potwierdzającymi poniesienie tych kosztów,

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżący zaznaczył, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia na „wykonanie i dostawę 6 nowych spalinowych zespołów trakcyjnych" dla zamawiającego doznał uszczerbku, ponieważ skarżący złożył w niniejszym postępowaniu niewadliwą ofertę ocenioną mimo wadliwości oferty Newag S.A. Według skarżącego oferta uczestnika Newag S.A. nie spełnia wymogów SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona, zaś wykonawca ten winien zostać z postępowania wykluczony. W ocenie skarżącego KIO wydając zaskarżone orzeczenie popełniła szereg uchybień, w tym w szczególności wadliwie przeprowadziła postępowanie dowodowe nie dostrzegając przy tym okoliczności stanowiących podstawę do odrzucenia oferty uczestnika.

W uzasadnieniu skargi skarżący podniósł, iż ostateczny zapis treści § 4 ust. 1 pkt 1 SIWZ w brzmieniu: „wykonali i dostarczyli w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego z minimum 100 miejscami siedzącymi dla podróżnych oraz co najmniej jednego pasażerskiego pojazdu trakcyjnego minimum 150 miejscami siedzącymi dla podróżnych, które były przystosowane konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich" wywołał wątpliwości odnośnie interpretacji pojęcia „wykonali i dostarczyli" w kontekście cechy „nowości" zamawianych pojazdów. Zamawiający w piśmie numer DAZ-ZP/3321152/09 z dnia 30 grudnia 2009 roku podał, iż pojęcie „wykonania i dostarczenia" interpretuje w sposób zbieżny z odwołującym wskazując, że „ wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia napraw głównych z modernizacją i dostarczenie dwóch pojazdów trakcyjnych przystosowanych konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich z minimum 150 miejscami siedzącymi dla podróżnych nie spełnia wymogu zamawiającego w zakresie doświadczenia". Skarżący wskazał, że nie polega na prawdzie twierdzenie zamawiającego, że w żadnym z warunków określonym w SIWZ nie wymagał, aby wykonawcy dokumentując doświadczenie wykazali wykonanie pojazdów nowych.

Skarżący podkreślił, że zamawiający dwukrotnie, tj. 22 grudnia 2009 roku i 30 grudnia 2009 roku w swoich wyjaśnieniach odróżnił doświadczenie w zakresie dostaw zmodernizowanych pojazdów wytworzonych wcześniej przez kogoś innego od doświadczenia w zakresie realizacji dostaw pojazdów wyprodukowanych/wytworzonych przez ubiegającego się o zamówienia wykonawcę przesądzając jednocześnie o tym, że warunek określony w § 4 ust. 1 pkt 1 SIWZ spełnia jedynie ten podmiot, który wyprodukował/wytworzył (a więc wykonał od nowa) co najmniej dwa pasażerskie pojazdy trakcyjne przystosowane konstrukcyjnie do realizacji kolejowych przewozów pasażerskich. W tej sytuacji wobec potwierdzonego dokumentami załączonymi do protestu przyznania przez Newag S.A., że dotychczas nie wykonała ani jednej dostawy „nowego" pojazdu trakcyjnego zasadne jest w ocenie skarżącego wykluczenie Newag S.A. z postępowania, z uwagi na złożenie przez tę spółkę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Skarżący przywołał w tym miejscu pogląd KIO wyrażony w wyroku z dnia 03 marca 2009 roku (KIO/UZP 177/09) zgodnie z którym zamawiający jak i wykonawcy są związani udzielonymi wyjaśnieniami treści SIWZ zamówienia w równym stopniu, jak treścią „pierwotnej SIWZ" i jej modyfikacji.

Zdaniem skarżącego, o tym, że Spółka Newag nie spełnia warunku doświadczenia w przedmiocie dostaw nowych pojazdów kolejowych świadczy fakt oprotestowania przez tę spółkę takiego warunku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa 4 sztuk nowych dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych" toczącego się przed Województwem Świętokrzyskim. W treści środków odwoławczych złożonych w toku tego postępowania Newag S.A. przyznał, że dotychczas nie wykonał ani jednej dostawy „nowego"

pojazdu trakcyjnego, a realizowane przez niego dostawy dotyczyły jednostek zmodernizowanych.

Skarżący podniósł, że Newag S.A. załączając do oferty „wykaz wykonanych dostaw" (załącznik nr 7 do oferty) nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia, ponieważ dwa pasażerskie elektryczne zespoły trakcyjne typu 14WE o 184 miejscach siedzących każdy, dostarczone w 2007 roku Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. (pkt 2 wykazu) nie były pojazdami wytworzonymi od nowa, lecz pojazdami po naprawie głównej z modernizacją. Skarżący podał, że pojazd 14WE stanowi zmodernizowaną jednostkę starej serii EN57, którą w latach 1962 - 1994 produkowała Państwowa Fabryka Wagonów „Pafawag" we Wrocławiu. Według skarżącego elektryczne zespoły trakcyjne typu 14WE powstały co najmniej na bazie takich elementów jednostek typu EN57 jak ostoje, wózki toczne i napędne, silniki i układ grzewczy. Ponadto jego zdaniem twierdzenie, że pojazdy typu 14 WE nie są konstrukcjami nowymi uzasadnione jest również tym, że jednostki te przed uzyskaniem świadectwa nr T/2007/0136 nie zostały poddane szczegółowym badaniom niezbędnym do uzyskania na „nowy" pojazd świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 roku w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Ponadto skarżący nadmienił, że przed uzyskaniem świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego 14WE nr T/2007/0136 jednostka ta była prezentowana przez Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Nowy Sącz" S.A. (wcześniejsza nazwa Newag S.A.) jako zmodernizowany elektryczny zespół trakcji serii EN57/M, co potwierdza załączony do protestu folder reklamowy.

Skarżący zauważył, że ze świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2007/0136 z dnia 23.07.2007 roku nie wynika, iż elektryczny zespół trakcyjny 14WE jest pojazdem „nowego typu". A użycie w treści tego dokumentu pojęcia „producent" jest obligatoryjnym elementem treści świadectwa, którego wzór stanowi załącznik nr 2 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 roku w sprawie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego. Okoliczność że w ww. świadectwie Newag S.A. nie został wskazany jako podmiot, który wykonał naprawę główną z modernizacją wynika zdaniem skarżącego z tego, iż w świadectwie takim nie ma obowiązku zamieszczania informacji o sposobie powstania danego typu pojazdu kolejowego, to znaczy czy został on wytworzony od nowa przez jakiś podmiot, czy też powstał w następstwie modernizacji innego pojazdu. Skarżący nadmienił jednakże, iż zgodnie z Dokumentacją Techniczno - Ruchową do której odsyła świadectwo pojazd 14WE jest pojazdem zmodernizowanym.

W świetle powyższych uwag Newag S.A. nie spełnia w ocenie skarżącego warunku udziału w postępowaniu określonego w § 4 ust. 1 pkt 1 SIWZ, ponieważ nie legitymuje się doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego. Według skarżącego Newag S.A. powinien więc zostać na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP wykluczony z postępowania.

Skarżący zarzucił również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez jego niezastosowanie i nie wykluczenie z postępowania Newag S.A. z powodu złożenia przez tę spółkę dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje o istotnym z punktu widzenia postępowania charakterze tj. informacji mających na celu potwierdzenie spełnienia przez Newag S.A. warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia określonego przez zamawiającego w § 4 ust. 1 pkt 1 SIWZ. Zdaniem skarżącego nie może budzić żadnych wątpliwości, że nieprawdziwe informacje jakoby Newag S.A. wyprodukował nowe jednostki serii 14WE i dostarczył je SKM sp. z o.o. miały rzeczywisty wpływ na wynik postępowania. Gdyby bowiem Newag S.A. nie przedłożył zamawiającemu informacji o „wykonaniu i dostawie" na rzecz SKM sp. z o.o. dwóch sztuk pojazdu typu 14WE zostałby wykluczony z postępowania, które w konsekwencji zakończyłoby się udzieleniem zamówienia skarżącemu.

Skarżący podniósł, że Newag S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania i dlatego też sprzecznym z art. 7 ust. 3 PZP będzie udzielenie tej spółce zamówienia.

W opinii skarżącego wbrew wymogom ustawy KIO nie dokonała wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i przekroczyła granice swobodnej oceny dowodów. W toku postępowania KIO nie przeprowadziła bowiem dowodu z treści świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typowego elementu kolejowego nr T/2004/195, nr T/2005/963/EL, nr T/2002/0188/EL, nr T/2005/963-1/05-081 oraz dowodu z treści pisma prof. hab. Andrzeja Chudzikiewicza i wyjaśnień odwołującego, błędnie przyjmując, że okoliczność, na potwierdzenie której dowody powołano w sposób nie budzący wątpliwości stwierdza treść dokumentu urzędowego w postaci świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2007/0136. Skarżący podniósł, że KIO opierając się tylko i wyłącznie na treści ww. dokumentu urzędowego naruszył zasadę prawdy obiektywnej.

Skarżący wskazał ponadto, że możliwe jest obalenie domniemania prawdziwości dokumentu urzędowego przez przeprowadzenie dowodu przeciwko temu, że dokument pochodzi od organu, który go wystawił jak i przeciwko treści dokumentu. Nieprzeprowadzenie dowodów przeciwko treści świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2007/0136 w takim zakresie, w jakim stwierdza ono status Newag S.A. jako producenta pojazdu 14WE było w ocenie skarżącego nieuprawnione. Skarżący wskazał, że z dokumentów przedłożonych przezeń w postępowaniu odwoławczym oraz ze złożonych wyjaśnień wynikało, iż istnieje pewna dowolność jeśli chodzi o wskazywanie w świadectwach dopuszczenia do eksploatacji pojazdów kolejowych/ elementów pojazdów kolejowych producenta danego pojazdu. Zdaniem skarżącego Prezes Urzędu Transportu Kolejowego wystawiając odpowiednie świadectwo nie weryfikuje bowiem treści wniosku strony, która samodzielnie określa się mianem producenta albo podając jako producenta inny podmiot wskazuje, że sama dokonuje jedynie jego modernizacji.

Skarżący nie zgodził się ze stanowiskiem KIO, że nadinterpretuje treść warunku postawionego przez zamawiającego. Skarżący podniósł, że dokonał wykładni przedstawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, stosownie do wyjaśnień zamawiającego z dnia 30 grudnia 2009 roku, do których miał zaufanie jako do rodzaju wykładni autentycznej SIWZ' wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu. Z treści wyjaśnień zamawiającego w przytoczonym piśmie wynikało, że o zamówienie może ubiegać się wyłącznie ten, kto legitymuje się doświadczeniem w wytworzeniu pojazdów (w wyprodukowaniu ich), a nie w ich naprawie głównej z modernizacją.

Skarżący zarzucił, że KIO w uzasadnieniu swego wyroku w ogóle nie odniosła się do szeregu dowodów zgłoszonych przez skarżącego w toku postępowania odwoławczego. W ocenie skarżącego KIO wbrew wymogom określonym w art. 192 ust. 2 PZP oddalając odwołanie nie wskazała przyczyn, z jakich odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej wszystkim zgłoszonym przez skarżącego w toku postępowania odwoławczego dowodom, w tym między innymi: świadectwom dopuszczenia do eksploatacji typowego elementu pojazdu kolejowego nr T/2004/195, nr T/2005/963/EL, nr T/2002/0188/EL, nr T/2005/963-1/05-081, pismu prof. hab. Andrzeja Chudzikiewicza, pismu PKP Przewozy Regionalne sp. z o.o. z dnia 18.02.2010 roku, dokumentom ofertowym Newag S.A. złożonym w postępowaniu przed SKM sp. z o.o. i innym, ograniczając się jedynie do podania, że skarżący błędnie nadinterpretował treść postawionego przez zamawiającego warunku doświadczenia, którego spełnienie przez Newag S.A. potwierdza dokument urzędowy w postaci świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2007/0136.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że z porównania zapisu § 4 ust. 1 SIWZ z zapisem po modyfikacji SIWZ z dnia 09 grudnia 2009 roku wynika, że modyfikacja polegała przede wszystkim na odstąpieniu przez zamawiającego od wymogu wykazania się wykonaniem i dostarczeniem nowych pojazdów. Powodem takiej modyfikacji SIWZ było uznanie, że warunek w pierwotnym brzmieniu ograniczał konkurencję, a w interesie zamawiającego jest, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogła wziąć udział jak największa liczba wykonawców. Zamawiający uznał, że tak sformułowany warunek jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. że także wykonawcy, którzy „wykonali

i dostarczyli" dotychczas pojazdy szynowe określonej wielkości, lecz niekoniecznie wykonane całości z nowych części są w stanie wykonać zamówienie.

Zdaniem zamawiającego zarówno z wykładni językowej, jak i celowościowej wynika jednoznacznie, że warunek SIWZ nie obejmował swą treścią wyłącznie pojazdów nowych. Zamawiający podniósł, że gdyby przyjąć, że słowo „wykonać" jednoznacznie oznaczało „wykonać od nowa" to w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu w jego pierwotnym brzmieniu nie trzeba było dodawać, że chodzi o pojazdy „nowe" .Nie byłaby więc potrzebna modyfikacja warunku, skoro po jej dokonaniu słowo „wykonali" dalej równoznaczne byłoby z „wykonali od nowa".

Zamawiający zaznaczył, że wbrew twierdzeniom skarżącego w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 22 grudnia 2009 roku i z dnia 30 grudnia 2009 roku zamawiający nie wskazał nigdzie, że warunek po modyfikacji dalej dotyczy pojazdów nowych. Potwierdził jedynie, że aby uznać, iż wykonawca ma wymagane doświadczenie nie musi wykazać się wykonaniem pojazdu nowego, ale jednocześnie sama „naprawa główna z modernizacją" nie byłaby wystarczająca. Dopuszczone zostało wykazanie się przez wykonawców wykonaniem i dostarczeniem pojazdu składającego się ze starych i nowych części. Inaczej zdaniem zamawiającego modyfikacja SIWZ nie miałaby sensu.

W ocenie zamawiającego nie są zasadne podniesione w skardze zarzuty dotyczące zaniechania przez KIO rozważenia materiału dowodowego oraz przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów. Zamawiający argumentował, że świadectwo nr T/2007/0136 jest dokumentem urzędowym. W związku z tym KIO nie miała obowiązku przeprowadzenia dowodów przeciw treści świadectwa, skoro skarżący o to nie wnosił. KIO nie miała też zdaniem zamawiającego obowiązku przeprowadzenia dowodów, które nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia. Według zamawiającego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typowego elementu pojazdu kolejowego nie mogły dowieść, że pojazd ezt 14WE nie został wyprodukowany przez Spółkę Newag, a pismo prof. dr. hab. A Chudzikiewicza i pismo PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. są dokumentami prywatnymi i KIO nie miał obowiązku oceniać ich wiarygodności jako przeciwdowodu dokumentu urzędowego.

Skarżący na rozprawie w dniu 28 maja 2010 roku wskazał, że zamawiający pismem z dnia 24 marca 2010 roku skierowanym do wykonawców zwrócił się o wydłużenie terminu ważności wadium albo wniesienie nowego wadium zakreślając termin do dnia 20 maja 2010 roku. Takie działanie zamawiającego stanowi w ocenie skarżącego naruszenie przepisu art. 181 ust. 2a PZP poprzez niewezwanie przez zamawiającego wykonawców do uiszczenia wadium wobec zawarcia umowy ze Spółką Newag w dniu 21 maja 2010 roku. Według skarżącego w tej sytuacji postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, względnie prowadzi do naruszenia art. 89 PZP ust. 1 PZP, który nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę niezgodną z ustawą jako niezabezpieczoną wadium. Wobec powyższego skarżący zmodyfikował wnioski skargi wnosząc o nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania, ewentualnie nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 01 marca 2010 roku w przedmiocie odrzucenia protestu odwołującego.

Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na skargę, a w piśmie procesowym z dnia 06 czerwca 2010 roku wskazał, że przedłużenie zabezpieczenia wadium nastąpiło w dopuszczalnym terminie z okresem obowiązywania do 30 czerwca 2010 roku.

W piśmie procesowym z dnia 24 czerwca 2010 roku skarżący wskazał, że z uwagi na to, iż nie jest w stanie dostarczyć uczestnikowi pojazdów w terminach Jeśli chodzi o zarzut unieważnienia umowy wskazanych w ofercie w przypadku uwzględnienia skargi zasadny jest wniosek o nakazanie uczestnikowi unieważnienia postępowania. Skarżący podniósł, że skoro gwarancja wadialna obowiązuje do dnia 30 czerwca 2010 roku, to z faktu tego nie wynika czy gwarancja ta obowiązywała dnia 21 maja 2010 roku, czyli w dniu zawarcia umowy. Brak zabezpieczenia oferty skutkowałby koniecznością wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 181 ust. 2a PZP.

Na rozprawie w dniu 25 czerwca 2010 roku zamawiający wskazał, że zarzut unieważnienia czynności oraz unieważnienia postępowania zgodnie z przepisem art. 198 ust.4 PZP nie może być przedmiotem skargi w sytuacji gdy nie był przedmiotem protestu

i odwołania. Odnośnie zarzutu unieważnienia umowy to zgodnie z art. 146 ust. 2 PZP taki zarzut może podnieść tylko Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje.

Skarga nie jest zasadna i nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości aprobuje dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia, uznając je za własne, a także całkowicie zgadza się z przeprowadzoną przez Izbę oceną dowodów.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów naruszenia przepisów postępowania stwierdzić należy, że zarzut naruszenia art. 188 ust. 7 PZP jest niezasadny. W ocenie Sądu Okręgowego KIO dokonała w przedmiotowej sprawie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i nie przekroczyła swobodnej oceny dowodów. Wskazać należy, że zarzut naruszenia uprawnienia KIO do oceny wiarygodności i mocy dowodowej zebranego materiału dowodowego według własnego przekonania może być uznany za zasadny tylko wtedy gdy KIO zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki bądź z zasadami doświadczenia życiowego. Jeżeli natomiast z określonego materiału dowodowego KIO wyprowadzi wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów, choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne. Tylko w przypadku wykazania, że brak jest powiązania, w świetle kryteriów wyżej wzmiankowanych, przyjętych wniosków z zebranym materiałem dowodowym, możliwe jest skuteczne podważenie oceny dowodów dokonanej przez KIO. W przedmiotowej sprawie KIO poddała ocenie materiał dowodowy w sprawie i ustaliła na podstawie świadectwa nr T/2007/0136 dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydanego w dniu 23 lipca 2007 roku przez Prezesa Urząd Transportu Kolejowego, że Newag S.A. w Nowym Sączu jest producentem pojazdów kolejowych typu 14 WE. KIO stwierdziła przy tym, że w wymienionym świadectwa Newag S.A. został określony jako producent pojazdów kolejowych, nie ma natomiast żadnej wzmianki o tym, że Spółka Newag występowałby w innym charakterze niż producent pojazdu, np. jako dostawca lub podmiot wykonujący remont.

KIO zważyła ponadto, że świadectwo nr T/2007/0136 wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego jest dokumentem urzędowym, a więc stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone. Dokonana w ten sposób przez KIO ocena dowodów nie odznacza się brakiem logiki, ani nie uchybia zasadom doświadczenia życiowego. Uznać więc należy, iż jest prawidłowa. Wskazać także należy, iż skarżący w toku postępowania nie kwestionował prawdziwości (autentyczności) świadectwa nr T/2007/0136, a ze świadectw dopuszczenia do eksploatacji typowego elementu kolejowego nr T/2004/195, nr T/2005/963/EL, nr T/2002/0188/EL, nr T/2005/963-1/05-081 oraz treści pisma prof. hab. Andrzeja Chudzikiewicza nie można w sposób nie budzący wątpliwości dowieść, że Spółka Newag nie jest producentem pojazdu kolejowego 14WE. Nie można więc przyjąć, że skarżący w toku postępowania skutecznie zakwestionował świadectwo nr T/2007/0136 i tego co zostało w nim podane.

Jako chybiony uznać również należy zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 PZP. Stwierdzić należy, iż niepoprawnie sporządzone uzasadnienie wyroku nie przekłada się automatycznie na wadliwość rozstrzygnięcia. Zarzut naruszenia przedmiotowego przepisu ma uzasadnione podstawy tylko w takich wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia rozstrzygnięcia uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny prawidłowości wywodu, który doprowadził do wydania takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. W ocenie Sądu Okręgowego uzasadnienie wyroku sporządzone przez KIO w przedmiotowej sprawie nie zawiera takiego uchybienia.

Sąd Okręgowy nie podzielił przedstawionej przez skarżącego interpretacji § 4 ust. 1 SIWZ w świetle której zamawiający postawił w nim warunek zgodnie z którym wykonawcy musieli wykazać się doświadczeniem w zakresie wykonania i dostawy pojazdów nowych. Zgodzić należy się z zamawiającym, iż porównując zapisy SIWZ w pierwotnym brzmieniu z zapisami po ich modyfikacji w dniu 09 grudnia 2009 roku uznać należy, iż modyfikacja ta polegała na odstąpieniu przez zamawiającego od wymogu wykazania się doświadczeniem

w wykonaniu i dostarczeniu nowych pojazdów. Nie jest więc zasadną teza skarżącego, że użyte w § 4 ust. 1 SIWZ wyrażenie „wykonał" jest równoznaczne z „wykonał od nowa". Przy takim bowiem rozumieniu tego zwrotu nie miałaby racji bytu dokonana przez zamawiającego modyfikacja § 4 ust. 1 SIWZ.

Wbrew twierdzeniom skarżącego stwierdzić też należy, że w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 22 grudnia 2009 roku i z dnia 30 grudnia 2009 roku zamawiający nie wskazał, że warunek po modyfikacji dalej dotyczy pojazdów nowych, a potwierdził jedynie, że aby uznać, iż wykonawca ma wymagane doświadczenie nie musi wykazać się wykonaniem pojazdu nowego, zaznaczając jednocześnie że sama „naprawa główna z modernizacją" nie jest wystarczająca.

W świetle powyższych uwag oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy przyjąć należy, że KIO prawidłowo uznała, że Spółka Newag spełniła postawiony przez zamawiającego w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się przez wykonawców doświadczeniem.

Nie było więc uzasadnionych podstaw do wykluczenia, jak chcial skarżący, Spółki Newag z postępowania. Zarzuty naruszenia art 22 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP , art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP, art. 24 ust. 4 PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP uznać więc należy za nieuzasadnione.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Sądu Okręgowego, skarżący nie zdołał w toku postępowania odwoławczego wykazać naruszenia wskazanych przepisów prawa. Trafnie więc KIO oddaliła odwołanie, nie naruszając przy tym jak niezasadnie podnosił skarżący art. 191 ust. la ustawy PZP oraz art. 7 ust. 3 ustawy PZP.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne, Sąd Okręgowy uznał, iż skarga wykonawcy Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz Spółki Akcyjnej Holding w Bydgoszczy od opisanego wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej jest bezzasadna i dlatego na podstawie art. 198 ust.2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2010 r. Nr 113, poz.759) orzekł jak w sentencji orzeczenia.

'< p

•-Nak>fVrb

2a zgodność świadcz

,p$&Kfl$TARZ SĄDOWY