

Sygn. akt: KIO 2152/14

WYROK
z dnia 28 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2014 r. przez wykonawcę: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz,** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** na rzecz zamawiającego: **Koleje**

Mazowieckie - KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zakup taboru kolejowego przewożącego pasażerów do obszarów aglomeracji Warszawskiej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2014/S 127-227546 w dniu 5 lipca 2014 r.

W dniu 2 października 2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez NEWAG S.A.

Wykonawca: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

I. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A., pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy NEWAG S.A. do uzupełnienia wykazów;

II. art 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. z powodu braku wniesienia wadium;

III. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. z postępowania pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunku posiadania wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy NEWAG S.A. do wyjaśnienia kwestii opłacenia polisy OC;

IV. art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej, pomimo tego, iż ww. wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 5) wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, która zgodnie z określonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert winna zostać uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, tj. wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, co następuje.

ZARZUT I - w zakresie warunków wiedzy i doświadczenia

1. Wykonawca NEWAG S.A. nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. b) SIWZ, dotyczący doświadczenia w świadczeniu usług utrzymania.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 pkt 2 lit. b) SIWZ, o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia: wykonawcy winni wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: świadczyli usługi utrzymania technicznego (P1 do P3) przez okres co najmniej 6 miesięcy, co najmniej trzech fabrycznie nowych, co najmniej trzyczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h.

W celu oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa powyżej, zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 2 SIWZ, wykonawca miał złożyć wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 5 do SIWZ oraz załączyć dowody, czy zostały one wykonane należycie. Dowodami są poświadczenie, oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać ww. poświadczenia.

Wykonawca NEWAG S.A. na potwierdzenie ww. warunku wiedzy i doświadczenia przedstawił zamówienie realizowane dla Szybkiej Kolei Miejskiej sp. z o.o., polegające na świadczeniu usług utrzymania technicznego w zakresie przeglądu poziomu od P1 do P3 dla sześciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35WE sześcioczłonowych, przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną 160 km/h. Usługi świadczone są przez okres 3 lat od daty odbioru każdego z pojazdów. Wykonawca załączył również na str. 15 oferty dokument „referencje” wystawiony przez Szybką Kolej Miejską Sp. z o.o. wskazujący, iż wykonawca NEWAG S.A. w ramach umowy zawartej na dostawę sześciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35 WE wraz z ich trzyletnim utrzymaniem od 12 czerwca 2012 r. wykonuje nieprzerwanie usługi utrzymania technicznego sześciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35WE w zakresie obsługi poziomu 1, 2 i 3. „Co do zasady należy uznać obsługę techniczną pojazdów za poprawną”.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, w ślad za rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,

wymaga, aby do wykazu usług dołączyć dowody, czy zostały one wykonane lub są wykonywane należycie.

W przedstawionym stanie faktycznym załączony dowód należytego wykonania nie potwierdza, że wskazana usługa została wykonana należycie. Zamawiający, oceniając spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w wykazie usług wraz z informacjami zawartymi w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie. Nieuprawnionym jest dokonywanie oceny tych dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji nie została zdefiniowana, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia.

W przypadku referencji od spółki SKM dla NEWAG, nie wynika z nich fakt należytego wykonania. SKM pisze jedynie o obsłudze technicznej co do zasady poprawnej. Sformułowanie „co do zasady” oznacza „w większości”, „co do większej części”. Wskazuje jednak na fakt występowania wyjątków, co w niniejszej sprawie oznacza występowanie nienależytego wykonania co do mniejszej części zakresu usługi. To, że podmiot wykonał większą część usługi dobrze, a mniejszą część źle np. nieterminowo, oznacza że całość usługi została wykonana nienależycie. Również sformułowanie „poprawnie” wskazuje na wątpliwości odnośnie należytego wykonania. Nie można uznać, że słowo „poprawnie” jest synonimem słowa „należycie”. Słowo to jest słabsze, niż „należycie”.

Na uwagę zasługuje również fakt, że zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

W przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający winien zwrócić się bezpośrednio do Szybkiej Kolei Miejskiej, na rzecz której usługi były wykonywane, z prośbą o wyjaśnienie budzącego wątpliwości sformułowania z referencji, czego Zamawiający nie uczynił, narażając się na nierzetelną ocenę oferty NEWAG S.A.

Odwołujący, w dniu 17 września 2014 r. zwrócił się do wystawcy referencji - Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., pytając o sposób realizacji umowy i ewentualnie naliczone kary umowne. Uzyskał informację, że w związku z realizacją usług utrzymania technicznego

6 EZT typu 35WE zostały firmie NEWAG S.A. naliczone kary umowne (pismo SKM z dnia 01.10.2014 r.). Następnie, pismem z dnia 03.10.2014 r. Odwołujący zapytał SKM, z jakiego tytułu zostały naliczone kary umowne spółce NEWAG. Otrzymał odpowiedź (z dnia 06.10.2014 r.) wskazującą na postanowienia Umowy leasingu finansowego nr GZP-352-5/10 z dnia 18.04.2011 r., które stanowiły podstawę naliczenia kar. Wszystkie one dotyczą świadczenia usług utrzymania (art. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 pkt 1, pkt 3 oraz pkt 4). SKM w piśmie z dnia 06.10.2014 r. wskazała również zapisy umowne, które stały się podstawą sposobu naliczenia kar, tj. art. 7 pkt 8 i 9 umowy pomiędzy SKM, NEWAG i Millenium Leasing Sp. z o.o. Analiza ww. postanowień umownych wskazuje, że w trakcie świadczenia usługi utrzymania naprawy nie były wykonywane terminowo, co spowodowało naliczenie kar umownych. Powyższe świadczy wprost o nienależytym wykonaniu przez NEWAG S.A. usług utrzymania na rzecz SKM i o niewykazaniu spełniania warunku doświadczenia.

2. Wykonawca NEWAG S.A. nie wykazał, czy świadczona dla SKM usługa dotyczyła fabrycznie nowych zespołów trakcyjnych.

Warunek doświadczenia był jednoznaczny, należało wykazać się świadczeniem usług utrzymania technicznego fabrycznie nowych, co najmniej trzyczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych.

Ani z załączonego przez NEWAG S.A. wykazu wykonanych głównych usług, ani z przedstawionych referencji nie wynika, że świadczona usługa dotyczyła fabrycznie nowych zespołów trakcyjnych. Zatem Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę NEWAG S.A. z udziału w postępowaniu.

3. Wykonawca NEWAG S.A. nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. a) SIWZ, dotyczący doświadczenia w dostawach.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 pkt 2 lit. a) SIWZ, o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: zrealizowali zamówienie/a obejmujące dostawę/y co najmniej trzech fabrycznie nowych co najmniej trzyczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h. W celu oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa powyżej, zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 1 SIWZ, wykonawca winien złożyć wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 4 do SIWZ oraz załączyć dowody, czy zostały one wykonane należycie.

Dowodami są poświadczenie, oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać ww. poświadczenia.

Wykonawca NEWAG S.A., na potwierdzenie ww. warunku wiedzy i doświadczenia, przedstawił m.in. zamówienie realizowane dla Millenium Leasing sp. z o.o., polegające na dostawie 6 sztuk fabrycznie nowych sześcioczołowych elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35WE przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej i realizacji kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością eksploatacyjną 160 km/h. Wykonawca załączył na str. 10 oferty dokument wystawiony przez Millenium Leasing Sp. z o.o. wskazujący, iż NEWAG S.A. zrealizował w okresie od 12.06.2012 r. do 17.08.2012 r. dostawę 6 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 3 5 WE oraz potwierdzający, że dostawa ta została wykonana terminowo oraz w trybie ustalonym między Millenium Leasing Sp. z o.o., NEWAG i zamawiającym.

Zdaniem Odwołującego, ww. dowód nie potwierdza, że usługa została wykonana należycie. Nie wiadomo, co oznacza sformułowanie „w trybie ustalonym między Millenium Leasing Sp. z o.o., NEWAG i zamawiającym”. Z treści referencji wynika, że Millenium Leasing Sp. z o.o. nie był zamawiającym (referencja wskazuje na bliżej nieokreślonego „zamawiającego”). Zapewne więc to nie Millenium Leasing Sp. z o.o. odbierało zespoły trakcyjne, badając, czy dostarczone pojazdy nie mają wad.

Umowa leasingu finansowego nr GZP-352-5/10 z dnia 18.04.2011 r. została zawarta pomiędzy SKM, a NEWAG i Millenium Leasing Sp. z o.o., gdzie SKM była Zamawiającym/Korzystającym, Millenium Leasing Sp. z o.o. Wykonawcą/Finansującym, a NEWAG Wykonawcą/Dostawcą. Treść umowy wskazuje, że to nie Millenium Leasing Sp. z o.o. dokonywało odbioru dostaw, na co wskazują postanowienia art. 5 tej umowy, w tym w szczególności chociażby art. 5 ust. 8 umowy, zgodnie z którym: „Przez Techniczny odbiór końcowy Pojazdu należy rozumieć ustalenie przez Inspektorów Korzystającego należytego wykonania dostarczonego Pojazdu, w szczególności spełnienia wymogów i parametrów technicznych, kompletności, sprawności, a także zdolności do użycia Pojazdu zgodnie z przeznaczeniem. Techniczny odbiór końcowy Pojazdu obejmuje także badanie kompletności dokumentów, które Finansujący jest zobowiązany wydać Korzystającemu z chwilą jego odbioru zgodnie z Listą Dokumentów Pojazdu. Techniczny odbiór końcowy Pojazdu będzie się odbywał w obecności przedstawicieli Finansującego zgodnie z Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru. Brak przedstawicieli Finansującego przy czynnościach Technicznego odbioru końcowego Pojazdu nie stanowi przeszkody do przeprowadzenia czynności Technicznego odbioru końcowego, chyba, że Inspektorzy Korzystającego uznają z jakiegokolwiek przyczyny obecność przedstawicieli Finansującego przy określonej czynności Technicznego odbioru końcowego za niezbędną. Każda Strona ponosi koszty uczestnictwa swoich przedstawicieli w czynnościach Technicznego odbioru

końcowego Pojazdu.”

Zatem to SKM dokonywała odbioru i tylko SKM mogła wystawić referencję należytego wykonania dostaw. Zamawiający winien wyjaśnić kwestię stron umowy z NEWAG, pojawiającego się w referencji „zamawiającego” oraz „ustalonego trybu realizacji umowy”, tj. czy wystawca referencji miał na myśli należyte wykonanie umowy jako dostarczenie pojazdów zgodnych z wymogami i niewadliwych, czy tylko wg schematu postępowania np. kolejności ustalonej pomiędzy trzema podmiotami.

ZARZUT II - w zakresie braku pełnomocnictwa załączonego do gwarancji wadialnej.

Zgodnie z Rozdziałem IX ust. 1 SIWZ, Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 6.000.000,00 zł. Wadium mogło zostać wniesione w jednej lub kilku formach przewidzianych ustawą Pzp, w tym m.in. w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Zgodnie z ust. 8 niniejszego rozdziału SIWZ „Gwarancja (poręczenie) musi być podpisana przez upoważnionego (uppełnomocnionego) przedstawiciela Gwaranta. Podpis powinien być sporządzony, w sposób umożliwiający jego identyfikację np. złożony wraz z imienną pieczętą lub czytelny (z podaniem imienia i nazwiska)”.

Ponadto, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 01.08.2014, zamieszczoną na str. 1 - jeżeli gwarancja wadialna jest podpisana przez pełnomocnika, to wraz z tą gwarancją należy złożyć dokument potwierdzający umocowanie do podpisania tejże gwarancji.

Wykonawca NEWAG S.A. złożył wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr GWO/471/2014-051-18-01-00, wystawioną w dniu 22.08.2014 r., podpisaną w imieniu Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółka Akcyjna (zw. Gwarantem) przez p. A. T. oraz p. K. Z. . Z aktualnego odpisu Krajowego Rejestru Sądowego nie wynika, aby p. A. T. oraz p. K. Z. były uprawnione do reprezentacji gwaranta. Zgodnie z odpisem z KRS, uprawnieni do reprezentacji są dwaj członkowie zarządu, działający łącznie lub członek zarządu działający łącznie z prokurentem. Pani A. To. oraz p. K. Z. nie wchodzą ani w skład zarządu gwaranta, ani nie są prokurentami. Zatem do przedłożonej gwarancji wadialnej wykonawca NEWAG S.A. winien dołączyć dokument potwierdzający umocowanie ww. osób do podpisania tejże gwarancji, czego nie uczynił. W związku z powyższym należy uznać, iż wykonawca NEWAG S.A. nie wniósł skutecznie wadium w ustawowym terminie.

Wadliwy dokument (gwarancja) nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż gwarancja nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Potwierdza to liczne orzecznictwo KIO.

Zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę NEWAG S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

ZARZUT III - w zakresie warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 pkt 4 SIWZ, o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. winni wykazać, iż znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia i udokumentują to poprzez wykazanie, że są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, co najmniej na kwotę 30.000.000,00 zł. W celu oceny spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej, o którym mowa powyżej, zgodnie z rozdziałem VII ust. 3 SIWZ, wykonawca winien złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wykonawca NEWAG S.A. na potwierdzenie spełniania ww. warunku przedstawił polisę wraz z dowodami opłacenia składki. Potwierdzenia wykonania przelewu krajowego załączone do oferty na str. 21-23 dotyczą płatności trzech różnych polis, zatem nie sposób stwierdzić, czy całe wymagane raty zostały opłacone. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jednym z dokumentów, za pomocą którego wykonawca może potwierdzić spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, jest opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ze względu na konieczność potwierdzenia przez wykonawcę opłacenia polisy, powstaje obowiązek wykazania opłacenia składki, co potwierdza orzecznictwo KIO. Na podobnym stanowisku stoi Urząd Zamówień Publicznych, który w jednej ze swych opinii opublikowanych w Informatorze UZP w kwietniu 2012 r. podkreśla, że zamawiający może żądać jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia terminu składania ofert.

Wobec powyższego należy uznać, że wykonawca NEWAG S.A. nie wykazał, czy jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, gdyż nie wykazał, że składka od polisy OC została opłacona. Zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy NEWAG S.A. o wyjaśnienie, czy załączona polisa została opłacona, a w przypadku negatywnej oceny - wykluczyć wykonawcę z postępowania.

Wykonawca NEWAG S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał w uzasadnieniu, że NEWAG S.A. wykazał spełnianie warunku w zakresie

doświadczenia w świadczeniu usług utrzymania technicznego. W załączonym do oferty wykazie wykonawca ten wykazał, że świadczy od 12.06.2012 r. na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. w Warszawie usługi utrzymania technicznego w zakresie przeglądów od poziomu P1 do P3 dla sześciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35WE, sześcioczłonowych, przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną 160 km/h. W dniu złożenia oświadczenia usługa była w trakcie wykonywania.

Wykonawca załączył do wykazu referencje od Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o., zawierające informację, że co do zasady należy uznać obsługę techniczną pojazdów za poprawną. W ocenie Zamawiającego, określenie „co do zasady poprawne” jest równe w skutkach prawnych ze sformułowaniem „należy”. Zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego prowadzonym przez Wydawnictwo Naukowe PWN (www.sjp.pwn.pl) słowo „poprawny” oznacza: 1. Zgodny z faktami lub prawami logiki, 2. Zgodny z obowiązującym konwenansem, 3. Przestrzegający obowiązujących norm.

Zdaniem Zamawiającego, „poprawnie” oznacza „zgodnie z normą, prawidłowo, właściwie”. Sformułowanie „co do zasady” ma natomiast podobne znaczenie jak zwroty: „generalnie”, „zasadniczo”. W związku z powyższym, zamawiający stoi na stanowisku, że złożone referencje potwierdzają należyte wykonanie usługi.

Fakt naliczenia na podstawie zawartej umowy kar umownych, przywołany przez Odwołującego, nie świadczy zdaniem Zamawiającego o tym, że usługa została wykonana niewłaściwie, skoro usługobiorca określił wykonanie usługi jako poprawne. Ponadto sam fakt naliczenia kary umownej nie przesądza jeszcze o tym, że naliczenie kary umownej było zasadne. Dodatkowo, przytoczone przez Odwołującego postanowienia umowy nie odnoszą się do usługi utrzymania lecz wyłączenia pojazdu z eksploatacji na skutek awarii.

Zdaniem Zamawiającego, wykaz wykonanych usług i referencje złożone przez NEWAG S.A. należało ocenić pozytywnie, a w związku z tym nie było podstaw do zwracania się do Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów.

Zamawiający wskazał, że z załączonych dokumentów wynika, że usługa utrzymania wskazana w ofercie dotyczyła fabrycznie nowych sześcioczłonowych pojazdów, dostarczonych w ramach dostawy wymienionej w poz. 1 wykazu głównych dostaw.

Z wykazu dostaw załączonego do oferty NEWAG S.A. w sposób jednoznaczny wynika, że dostawy wymienione w pkt 1 i 2 zostały wykonane na rzecz Millenium Leasing Sp. z o.o. Oznacza to, że jedynie ten podmiot był uprawniony do wystawienia referencji dla NEWAG. Okoliczność, że w późniejszym okresie Millenium Leasing Sp. z o.o. wraz z NEWAG zawarł umowę leasingu pojazdów wraz z usługami utrzymania, nie stanowi podstawy do kwestionowania oświadczenia NEWAG w zakresie nabywcy pojazdów, tj. Millenium Leasing Sp. z o.o. Odwołujący nie wykazał, aby nabywcą pojazdów był inny

podmiot. Referencje Millenium Leasing Sp. z o.o. nie budzą żadnych wątpliwości. Z treści referencji wynika, że NEWAG zrealizował dostawy terminowo i w trybie ustalonym z Millenium Leasing Sp. z o.o., czyli nabywcą. Okoliczność, że umowa została zrealizowana w trybie ustalonym z jeszcze innym podmiotem niż nabywca, pozostaje bez znaczenia dla oceny wystawionych referencji.

Zamawiający zauważył, że nawet w przypadku, gdyby uznać, że referencje Millenium Leasing nie są właściwe, NEWAG S.A. i tak spełnia warunek udziału w postępowaniu, ponieważ w wykazie wykonanych dostaw zostały wymienione także inne dostawy spełniające wymagania SIWZ, w tym dostawa dla Kolei Dolnośląskich S.A. w poz. 3 wykazu. Zatem wykonawca NEWAG S.A. spełnia warunek udziału w zakresie dotyczącym wiedzy i doświadczenia odnośnie dostaw pojazdów.

Odnośnie zarzutu braku pełnomocnictwa załączonego do gwarancji wadialnej Zamawiający wskazał, że NEWAG S.A. załączył do oferty gwarancje ubezpieczeniową wadialną wraz z pełnomocnictwami podpisanymi zgodnie z reprezentacją przez dwóch członków zarządu PZU S.A., uprawniającymi do udzielania dalszych pełnomocnictw, dla T. D. i P. B., oraz pełnomocnictwami substytucyjnymi dla A. T. oraz K. Z., podpisanymi przez ww. osoby. Zgodnie z treścią tych pełnomocnictw, ww. osoby działające łącznie były umocowane do podpisania przedmiotowej gwarancji Ubezpieczeniowej.

Zamawiający wyjaśnił, że ze złożonych przez NEWAG S.A. dokumentów wynika, że złożona polisa została opłacona, więc wykonawca na dzień składania ofert był objęty ochroną ubezpieczeniową na podstawie tej polisy. Do polisy zostały załączone potwierdzenia przelewów, dotyczące różnych umów ubezpieczenia, jednak zapłacone kwoty przewyższały wysokość składki ubezpieczeniowej wymaganej na podstawie polisy złożonej w ofercie. Każdy z przelewów wskazywał numer polisy, która została załączona do oferty. Odwołujący nie wykazał, że przekazane przez NEWAG S.A. na rzecz ubezpieczyciela kwoty, nie pokrywały kosztów wykupionej polisy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał spełnienie przesłanek, określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniających do wniesienia odwołania.

Wykonawca NEWAG S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, uwzględniając okoliczność, że Odwołujący cofnął w toku rozprawy zarzut dotyczący niewykazania przez wykonawcę NEWAG S.A. wykonania wymaganej przez Zamawiającego w ramach warunku doświadczenia - dostawy pojazdów fabrycznie nowych. W związku z niepodtrzymaniem przez Odwołującego tego zarzutu, zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

ZARZUT I - naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A., pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy NEWAG S.A. do uzupełnienia dokumentów.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nie wykazania przez NEWAG S.A. spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. b) SIWZ, dotyczącego doświadczenia w świadczeniu usług utrzymania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Treść postanowienia zawartego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. b) SIWZ nie była sporna pomiędzy stronami. W celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w tym postanowieniu, zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 2 SIWZ, należało złożyć wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 5 do SIWZ oraz załączyć dowody potwierdzające należyte wykonanie tych usług.

Wykonawca NEWAG S.A. przedstawił w wykazie (str. 14 oferty) zamówienie realizowane dla Szybkiej Kolei Miejskiej sp. z o.o. polegające na świadczeniu usługi utrzymania technicznego w zakresie przeglądu poziomu od P1 do P3 dla sześciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35WE sześciocłonowych, przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną 160 km/h. Wykonawca wskazał, że usługi świadczone są przez okres 3 lat od daty odbioru każdego z pojazdów. Wykonawca załączył do wykazu (str. 15 oferty) dokument z dnia 17 lipca 2014 r. „referencje” wystawiony przez Szybką Kolej Miejską Sp. z o.o. potwierdzający, że wykonawca NEWAG

S.A. w ramach umowy zawartej na dostawę sześciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35 WE wraz z ich trzyletnim utrzymaniem oraz od 12 czerwca 2012 r. wykonuje nieprzerwanie usługi utrzymania technicznego sześciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35WE w zakresie obsługi poziomu 1, 2 i 3. W ww. dokumencie wskazano także, że „Co do zasady należy uznać obsługę techniczną pojazdów za poprawną”. Na rozprawie Przystępujący NEWAG S.A. przedłożył pismo Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. z dnia 23 października 2014 r. potwierdzające jednoznacznie, że usługi utrzymania są wykonywane należycie.

Nie można też pominąć faktu, że pismo z dnia 1 października 2014 r. SKM Sp. z o.o. przedłożone przez Odwołującego, otrzymane w odpowiedzi na zapytania Odwołującego z dnia 17 września 2014 r. stwierdza w pkt 1, że „obsługi poziomów P1, P2, P3 pojazdów serii 35 WE od nr 001 do nr 006 były wykonywane od chwili dostawy, tj. od 2012 r. zgodnie z warunkami Umowy”. Sformułowanie „obsługi poziomów P1, P2, P3” odnosi się wprost do usługi utrzymania technicznego. Należy zatem przyjąć, że usługa ta, zgodnie z powyższą treścią, była od 2012 r. wykonywana zgodnie z Umową, a tym samym należycie.

Stwierdzenie zawarte w pkt 2 ww. pisma z dnia 1 października 2014 r., że w związku z realizacją usługi utrzymania technicznego 6 EZT typu 35WE zostały firmie NEWAG S.A. naliczone kary umowne nie dowodzi faktu, że usługi utrzymania były wykonywane nienależycie. W piśmie z dnia 6 października 2014 r. SKM Sp. z o.o. stwierdzono, że ww. kary umowne zostały naliczone na podstawie umowy leasingu finansowego Nr GZP-352-5/10 z dnia 18 kwietnia 2011 r. w oparciu o art. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 pkt 1, pkt 3 oraz pkt 4, zgodnie z art. 7 pkt 8 i 9 stanowiących sposób naliczania kar umownych.

Nie sposób jest przyjąć w oparciu o te informacje, że usługa utrzymania została wykonana nienależycie, wbrew literalnym oświadczeniom podmiotu, na rzecz którego usługa jest wykonywana, wskazanych w pismach SKM powołanych powyżej. Izba zważyła, że pismo SKM z dnia 23 października 2014 r. potwierdzające jednoznacznie należyte wykonanie ww. usługi stanowi oświadczenie wiedzy tego podmiotu, podpisane przez Prezesa Zarządu Spółki, a zatem osobę w pełni umocowaną do tego rodzaju czynności. W ocenie Izby, treść tego dokumentu nie jest sprzeczna z przedłożonym przez Odwołującego pismem SKM z dnia 6 października 2014 r. informującym o naliczeniu wykonawcy NEWAG kar umownych ani z treścią referencji złożonych w ofercie. Jak wynika z treści Umowy leasingu finansowego z dnia 18 kwietnia 2013 r., postanowienia art. 1 dotyczą przedmiotu umowy, postanowienia art. 10 ust. 1 i 3 dotyczą co prawda utrzymania taboru, jednak kary umowne zostały naliczone na podstawie art. 7 ust. 8 i 9, a zatem w związku z ujawnieniem się lub wystąpieniem wady lub awarii objętych gwarancją oraz w przypadku nie zapewnienia naprawy gwarancyjnej w wymaganym czasie. Kary umowne zostały w umowie przewidziane w art. 7 ust. 8 i 9 w odniesieniu do zobowiązań

gwarancyjnych, a nie zobowiązań dotyczących utrzymania technicznego. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał w niniejszym postępowaniu, że usługi utrzymania wykonywane ramach ww. umowy łączącej różne zakresy zobowiązań stron, wynikające z przedmiotu tej umowy łączącego dostawy, świadczenia gwarancyjne i usługi utrzymania, nie są wykonywane należycie.

W ocenie Izby słuszne jest jednak stanowisko Odwołującego, że sformułowanie zawarte w referencjach z dnia 17 lipca 2014 r. złożonych w ofercie NEWAG S.A. „co do zasady...poprawnie” powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości przyjęcia, że dokument ten jednoznacznie potwierdza należyte wykonanie danej usługi. Wątpliwości te powinny podlegać wyjaśnieniu na etapie badania i oceny ofert. Zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. W danym stanie faktycznym zamawiający powinien był wyjaśnić treść ww. referencji, w drodze skierowania zapytania bezpośrednio do podmiotu, który wystawił referencje. Zaniechanie przez zamawiającego dokonania tej czynności stanowi naruszenie prawa. Biorąc jednak pod uwagę ustalone w toku postępowania okoliczności, opisane powyżej, Izba stwierdziła, że zaniechanie wyjaśnienia treści ww. dokumentu przez Zamawiającego, nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp nie mogło stanowić wobec tego podstawy do uwzględnienia odwołania, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu, że wykonawca NEWAG S.A. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 lit. a) SIWZ, dotyczącego doświadczenia w dostawach, Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Treść postanowień rozdziału VI ust. 1 pkt 2 lit.a SIWZ nie była sporna w niniejszej sprawie. W postępowaniu należało wykazać zrealizowanie zamówienia obejmującego dostawę/y co najmniej trzech fabrycznie nowych co najmniej trzyczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej z prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h.

Wykonawca NEWAG S.A., na potwierdzenie ww. warunku wiedzy i doświadczenia przedstawił w wykazie (str. 8-9 oferty) cztery dostawy, w tym m.in. zamówienie

zakwestionowane przez odwołującego, realizowane dla Millenium Leasing sp. z o.o., polegające na dostawie 6 sztuk fabrycznie nowych sześciocłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35WE przystosowanych technicznie do jazdy dwukierunkowej i realizacji kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością eksploatacyjną 160 km/h. Wykonawca załączył do wykazu (str. 10 oferty) dokument wystawiony przez Millenium Leasing Sp. z o.o. wskazujący, iż NEWAG S.A. zrealizował w okresie od 12.06.2012 r. do 17.08.2012 r. dostawę 6 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 3 5 WE oraz, że dostawa ta została wykonana terminowo i w trybie ustalonym „między Millenium Leasing Sp. z o.o., NEWAG i zamawiającym”. W toku rozprawy Przystępujący złożył do akt sprawy wyciąg z umowy sprzedaży z dnia 18 kwietnia 2011 r. zawartej pomiędzy NEWAG S.A. a Millenium Leasing Sp. z o.o. oraz pismo Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. z dnia 25 września 2012 r. potwierdzające, że dostawa 6 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 35WE na podstawie Umowy leasingu finansowego nr GZP-352-5/10 została wykonana należycie.

W ocenie Izby, złożony przez wykonawcę NEWAG S.A. w ofercie list referencyjny wystawiony przez Millenium Leasing Sp. z o.o. nie potwierdza należytego wykonania powyższej dostawy. Sformułowanie zawarte w tym dokumencie „w trybie ustalonym między Millenium Leasing Sp. z o.o., NEWAG i zamawiającym” powinno zwrócić uwagę i wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, skutkując na etapie badania ofert wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia umownych zależności i wzajemnych zobowiązań ww. podmiotów, które wynikają z powyższego sformułowania.

Umowa leasingu finansowego nr GZP-352-5/10 z dnia 18 kwietnia 2011 r., na podstawie której zostały zrealizowane powyższe dostawy została zawarta pomiędzy Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., a NEWAG i Millenium Leasing Sp. z o.o. Jak słusznie zauważył odwołujący, na podstawie tej umowy SKM była Zamawiającym/Korzystającym, Millenium Leasing Sp. z o.o. Wykonawcą/Finansującym, a NEWAG Wykonawcą/Dostawcą. Treść ww. umowy wskazuje jednoznacznie (art. 5), że dostawy były odbierane przez zamawiającego, tj. SKM. Powyższe potwierdza również treść umowy sprzedaży zawartej w tym samym dniu pomiędzy NEWAG S.A. a Millenium Leasing Sp. z o.o. złożona przez Odwołującego na rozprawie, w której wskazano podmiot: Szybka Kolej Miejska sp. z o.o. jako odbiorcę końcowego, tj. Korzystającego. Skoro SKM dokonywało odbioru przedmiotu dostaw, to właśnie ten podmiot mógł wystawić referencje dotyczące ich wykonania.

Wobec powyższego należało uznać, że w oparciu o dokument referencji złożony w ofercie NEWAG S.A. Zamawiający nie mógł przyjąć, że dostawa pojazdów wskazana w pozycji 1 wykazu dotycząca dostaw na rzecz Millenium Leasing Sp. z o.o. została wykazana przez NEWAG S.A. jako wykonana należycie, gdyż złożone referencje nie pochodzą od podmiotu, na rzecz którego dostawy zostały wykonane. Zamawiający był uprawniony do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści ww. referencji, a następnie ewentualnie do

uzupełnienia tego dokumentu, jednak wobec faktu wykazania przez ww. wykonawcę w wykazie w pozycji nr 3 wykonana innej dostawy potwierdzającej spełnianie warunku udziału w omawianym zakresie - na rzecz Kolei Dolnośląskich S.A. brak wezwania i uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do poz. Nr 1 wykazu nie istotnego znaczenia i wpływu na wynik postępowania. Podkreślić należy, że Odwołujący nie kwestionował tej pozycji wykazu, jako potwierdzającej spełnianie warunku udziału.

Podsumowując, Izba uznała, że w ustalonym stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w odwołaniu.

ZARZUT II – naruszenie art 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. z powodu niewniesienia wadium w związku z brakiem załączenia do gwarancji wadialnej wymaganego pełnomocnictwa.

Zgodnie z Rozdziałem IX ust. 1 SIWZ, Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 6.000.000,00 zł. Zgodnie z ust. 8 niniejszego rozdziału, dokument gwarancji musiał być podpisany przez upoważnionego (upelnomocnionego) przedstawiciela Gwaranta, w sposób umożliwiający jego identyfikację, np. złożony wraz z imienną pieczętką lub czytelny (z podaniem imienia i nazwiska). Nie było sporne pomiędzy stronami wymaganie złożenia wraz z gwarancją wadialną dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby lub osób do podpisania gwarancji, jeżeli gwarancja wadialna jest podpisana przez pełnomocnika (wyjaśnienia treści SIWZ, odpowiedź na pytanie nr 3 z dnia 1 sierpnia 2014 r.).

Wykonawca NEWAG S.A. złożył wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr GWo/471/2014-051-18-01-00, wystawioną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. w dniu 22 sierpnia 2014 r. Ww. dokument został podpisany w imieniu PZU S.A. przez p. A. T. oraz p. K. Z. . Wykonawca NEWAG S.A. załączył do ww. gwarancji pełnomocnictwa substytucyjne nr p/051-00-00-00/332/2013 i nr p/051-00-00-00/336/2013 z dnia 14 października 2013 r. udzielone na rzecz p. A. T. oraz p. K. Z., a także pełnomocnictwa z prawem substytucji udzielone dla p. T. D. i P. B. z dnia 11 września 2013 r. nr p/090-00-32-00/697/2013 oraz z dnia 22 marca 2012 r. nr p/090-00-32-00/342/2012, potwierdzające umocowanie ww. osób do udzielenia pełnomocnictw substytucyjnych. Wykonawca przedłożył także odpis pełny z KRS z dnia 2 czerwca 2014 r., potwierdzający zgodność podpisów na ww. pełnomocnictwach z zasadami reprezentacji PZU S.A., ujawnionymi w KRS, wykazując tym samym tzw. ciąg pełnomocnictw.

Po zapoznaniu się na rozprawie z oryginałem gwarancji i plikiem dokumentów złożonych przez NEWAG S.A. w załączeniu do oferty (w oddzielnej ofercie), Odwołujący potwierdził fakt, że pełnomocnictwa udzielone osobom, które podpisały dokument gwarancji

w imieniu PZU S.A. zostały przez ww. wykonawcę złożone, wbrew wcześniejszemu przeświadczeniu Odwołującego o braku tych dokumentów. Jak wyjaśnił Odwołujący, zarzut braku złożenia pełnomocnictw został sformułowany w odwołaniu w oparciu o zawartość oferty NEWAG, której kopia w formie „skanu”, została przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego. Zamawiający nie przekazał jednocześnie Odwołującemu ww. dokumentów złożonych w załączeniu do oferty w odrębnej kopercie.

W powyższym zakresie Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 25 sierpnia 2014 r. oraz 8 września 2014 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie korespondencji Zamawiającego z NEWAG S.A. od złożenia ofert oraz przesłanie kopii oferty lub „skanu”. Stosownie do tego wniosku, Zamawiający przesłał Odwołującemu „skan” oferty NEWAG S.A. Zauważyć należy, że Odwołujący nie wnosił o przesłanie kopii innych dokumentów, złożonych przez NEWAG w związku ze złożoną ofertą, w tym nie wnosił o przesłanie kopii dokumentów złożonych w związku z wymaganym wadium. Odwołujący nie ubiegał się też o wgląd do oryginału oferty i pozostałych dokumentów, co de facto, w ocenie Izby, uniemożliwiło wykonawcy stwierdzenie, że takie dokumenty w ogóle zostały przez wykonawcę NEWAG złożone. Zapoznanie się z oryginałem oferty niewątpliwie umożliwiłoby Odwołującemu stwierdzenie, że w ofercie znajduje się jedynie kopia gwarancji, a jej oryginał znajduje się w odrębnym pliku złożonych dokumentów, wśród których znajdują się także stosowne pełnomocnictwa. Zdaniem Izby, to Odwołujący nie dochował w powyższym zakresie należytej staranności w celu zapoznania się ze wszystkimi dokumentami złożonymi przez NEWAG S.A. w związku z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie.

Reasumując, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. z powodu niezłączenia do oferty pełnomocnictw uprawniających do podpisania gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej, tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

ZARZUT III – naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. z pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunku posiadania wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy NEWAG S.A. do wyjaśnienia kwestii opłacenia polisy OC.

Treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, określona w rozdziale VI ust. 1 pkt 4 oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku zawarty w rozdziale VII ust. 3 SIWZ nie były sporne pomiędzy stronami. Dla wykazania spełniania warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej należało złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w wymaganej wysokości w zakresie

prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wykonawca NEWAG S.A. złożył w ofercie polisę ubezpieczeniową (str. 16-20 oferty) wystawioną przez PZU S.A. Oddział Regionalny w Krakowie o nr 3KR A026 0012 wraz z dowodami opłacenia składki w formie trzech potwierdzeń wykonania przelewu krajowego. Polisa określa warunki płatności składki w 4 ratach w kwotach po 30 361,00 zł każda, płatnych do dnia 28 stycznia 2014 r., 28 kwietnia 2014 r., 28 lipca 2014 r. i 28 października 2014 r. Potwierdzenia wykonania przelewu krajowego załączone do oferty na str. 21-23 dotyczą płatności wykonanych na rachunek PZU w dniach 24 stycznia 2014 r., 18 kwietnia 2014 r. i 21 lipca 2014 r. Wszystkie wpłaty przewyższają kwotę raty, wymaganej w ramach składki z tytułu polisy przedłożonej w ofercie NEWAG. Dowody te dotyczą jednak opłaty poniesionej przez wykonawcę także z tytułu innej polisy, opłaconej łącznie. Wykonawca NEWAG S.A. przedstawił na rozprawie dokument z dnia 20 października 2014 r. wystawiony przez PZU Oddział Regionalny w Krakowie, potwierdzający jednoznacznie, że raty składki wymagane na dzień 22 sierpnia 2014 r. zostały opłacone w całości i w wymaganych terminach.

Nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca może potwierdzić spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej (rozdział VI ust. 1 pkt 4 i rozdział VII ust. 3 SIWZ), składając zamawiającemu m.in. opłaconą polisę. Wykazanie przez wykonawcę faktu opłacenia polisy wymaga wykazania w postępowaniu okoliczności opłacenia składki.

W niniejszej sprawie na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie otrzymał w ofercie NEWAG S.A. dokumentu jednoznacznie potwierdzającego fakt opłacenia danej polisy. Z dowodów przelewów nie wynika literalnie potwierdzenie, że wymagane kwoty składki I, II i III raty zostały przez wykonawcę opłacone. W tych okolicznościach Zamawiający winien był zwrócić się do wykonawcy NEWAG S.A. o wyjaśnienie treści potwierdzeń wykonania przelewów złożonych w ofercie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zauważyć należy, że Zamawiający nie mógł stwierdzić tego faktu wprost na podstawie treści ww. dokumentów. W ocenie Izby, Zamawiający dokonał oceny ww. dokumentów, jako prawidłowych, bez posiadania wystarczających i pewnych danych. Zamawiający bez uzyskania wyjaśnień od wykonawcy nie miał podstaw do jednoznacznego przyjęcia, że przedłożona w ofercie polisa została opłacona w wymaganej wysokości.

Naruszenie w tym przypadku przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 Pzp nie miało i nie może mieć jednak istotnego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Wykonawca NEWAG S.A. wykazał w toku rozprawy, że jakiegokolwiek wątpliwości co do faktu opłacenia przez ww. wykonawcę wymaganych składek są nieuzasadnione, a tym samym, że składka od polisy OC została prawidłowo opłacona, składając stosowną informację od PZU S.A. W tej sytuacji zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A.

z postępowania jest nieuzasadniony, a tym samym nie został naruszony przez Zamawiającego przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Nie potwierdził się w konsekwencji, w ustalonym stanie faktycznym, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej, jako że nie potwierdziły się zarzuty odwołania, dotyczące zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania uzasadnione jest oddalenie odwołania. Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: