

**Sygn. akt: KIO 1601/14**

**WYROK**  
**z dnia 20 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**  
**Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **H. Cegielski – Fabrykę Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ZPS sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **H. Cegielski – Fabrykę Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **H. Cegielski – Fabrykę Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup dwukierunkowych tramwajów technicznych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2014 r. 2014/S 097-170242.

W dniu 24 lipca 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę H. Cegielski – Fabrykę Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ZPS sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

W dniu 4 sierpnia 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 3) czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty złożonej przez przystępującego mimo, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo iż odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie jego oferty, pomimo iż brak było ku temu przesłanek,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

- 5) wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego,
  - 6) wykonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający niezasadnie wykluczył go z postępowania uznając, że nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w rozdziale I SIWZ ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2. Wskazał, że w celu wykazania powyższego warunku powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - Domu Handlowego UKWZ-Ukraina sp. z o.o. Odwołujący wywiódł, że dokumentów przedstawionych zamawiającemu przez odwołującego wynikało, iż podmiot trzeci wykonał umowy dostawy z dnia 20 kwietnia 2012 r. oraz dnia 5 września 2012 r., zaś przedmiotem tych umów była dostawa wagonu tramwajowego model 71-623 wyprodukowanego przez „Ust’ Katawskie Zakłady Budowy Wagonów imienia S.M. Kirowa” o numerze fabrycznym 00073 (umowa z dnia 5 września 2012 r.) oraz wagonu tramwajowego model 71-623 wyprodukowanego przez „Ust’ Katawskie Zakłady Budowy Wagonów imienia S.M. Kirowa” o numerze fabrycznym 00041 (umowa z dnia 20 kwietnia 2012 r.). Umowa z dnia 20 kwietnia 2012 r. została zawarta pomiędzy Domem Handlowym UKWZ-Ukraina a Przedsiębiorstwem Naukowo-Technicznym STG z Zakresu Inżynierii, umowa z dnia 5 września 2012 została zawarta pomiędzy Domem Handlowym UKWZ-Ukraina a Funduszem Dobroczynnym Deputowanego Ukrainy J.W. I..... . Podniósł, że zamawiający, pomimo iż nie wymagał w treści SIWZ, aby wykonawca wykazywał doświadczenie także w produkcji wagonów tramwajowych, w piśmie z dnia 18 lipca 2014 r. zażądał wykazania przez odwołującego, iż podmiot udostępniający mu wiedzy i doświadczenia jest również producentem wagonów tramwajowych. Zamawiający w treści SIWZ określił jednoznacznie warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia, tj. wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, dostawy co najmniej fabrycznie nowego tramwaju z napędem energoelektronicznym lub fabrycznie nowego pojazdu szynowego przeznaczonego do obsługi, naprawy i utrzymania infrastruktury technicznej. Wywiódł, że skorzystał z przysługującego mu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp uprawnienia, powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego - Domu Handlowego UKZW - Ukraina sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie. Celem udowodnienia polegania na ww. zasobach tego podmiotu złożył pisemne „zobowiązanie ww. podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów” oraz „porozumienie o współpracy”. Zawarte między stronami porozumienie ma charakter umowy o współpracę i nie ogranicza się jedynie do samego zakresu czynności wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Oprócz bowiem czynności wchodzących w skład dostaw wykazanych na

potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, Dom Handlowy UKZW - Ukraina sp. z o.o. zobowiązał się także do szeregu innych - dodatkowych - świadczeń na rzecz odwołującego. O realności zobowiązania tego podmiotu i tego, że może on je wykonać świadczy fakt, że jest on stałym partnerem firmy „Ust' Katawskie Zakłady Budowy Wagonów im. S.M. Kirowa”, posiadającym od niej stosowne umocowania. Odpowiednie upoważnienie z tłumaczeniem zostało przekazane zamawiającemu wraz z pismem z dnia 22 lipca 2014 r. Wykonując porozumienie o współpracy, podmiot trzeci może korzystać zarówno z zasobów własnych (w zakresie objętym przekazaną wiedzą i doświadczeniem), jak i dodatkowo także częściowo korzystać z potencjału technicznego i osobowego innych podmiotów i osób (np. „Ust Katawskie Zakłady Budowy Wagonów im. S.M. Kirowa”) - w zakresie wykraczającym poza przekazywaną wiedzę i doświadczenie. Jednocześnie też, to co wykracza poza przekazywane doświadczenie nie może być podstawą do wyciągania negatywnych konsekwencji wobec odwołującego.

Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego, jakoby podmiot trzeci, na którego zasoby powołał się odwołujący jest niedostępny, zgodnie z informacją uzyskaną od Ambasadora RP na Ukrainie, odwołujący argumentował, że biuro Dom Handlowy UKWZ-Ukraina sp. z o.o. znajduje się na ul. Wasilkowskaja 30, nie zaś na ul. Bolszaja Wasilkowskaja 30 (tj. ul. Krasnoarmiejskaja 30 [w tłum. Czerwonoarmijska 30]), gdzie został wysłany pracownik Ambasady. Wyjaśniał także, iż Przedsiębiorstwo Dom Handlowy UKWZ-Ukraina sp. z o.o. jest zarejestrowane pod adresem m. Kijów, ul. Ak. Hłuszkowa, 22 , mieszk.100. Adres ten jest adresem wiążącym prawnie i jest wskazany we wszystkich oficjalnych dokumentach wystawianych przez organy państwowe na Ukrainie. Biuro firmy Dom Handlowy UKWZ - Ukraina Sp. z o.o. znajduje się zgodnie z umową dzierżawy z właścicielem pomieszczenia, pod adresem: m. Kijów, ul. Wasilkowskaja, 30. Wyjaśniał również, iż założycielem firmy Dom Handlowy UKWZ - Ukraina Sp. z o.o. jest „Dom Handlowy Ust' Katawska Fabryka Budowy Wagonów”, Moskwa. Zamawiający w treści uzasadnienia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 lipca 2014 r. wskazał błędnie, iż jest to Ust' Katawska Fabryka Budowy Wagonów im. S.M.Kirowa. Odwołujący podniósł również, że Fundusz Dobroczynny Deputowanego Ukrainy I..... J..... W..... nabył tramwaj model 71-623 i przekazał go miastu Jenakijewo dla eksploatacji na miejskich liniach tramwajowych. Fundusz na dzień dzisiejszy funkcjonuje pod wskazanym w umowie adresie. Nie zawiesił ani nie zlikwidował swojej działalności. Powzięta przez zamawiającego informacja, iż założyciel funduszu jest objęty sankcjami nie ma żadnego związku z prowadzonym postępowaniem, jak również z wykonaną umową, na którą powołuje się odwołujący. Wskazał, że niezbędne informacje dotyczące działalności ww. podmiotu można uzyskać bezpośrednio od Prezesa Funduszu.

Odwołujący uznał za zaskakującą argumentację zamawiającego, że nie udało mu się skontaktować z Domem Handlowym UKWZ-Ukraina, Przedsiębiorstwem Naukowo-Technicznym STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii, Funduszem Dobroczynnym Deputowanego Ukrainy I..... J..... W..... .

Odwołujący argumentował także, że wątpliwości zamawiającego, co do dalszego istnienia i funkcjonowania firmy Dom Handlowy UKWZ-Ukraina Sp. z o.o. „w odniesieniu do aktualnej sytuacji politycznej w regionie” są niezasadne.

Również zarzut zamawiającego jakoby Przedsiębiorstwo Naukowo-Techniczne STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii zaprzestało działalności, jest całkowicie bezpodstawny. Dokument, który zamawiający otrzymał wraz z odpowiedzią Ambasady RP na Ukrainie, a z którego jakoby okoliczność powyższa wynika, dotyczy zupełnie innego podmiotu. Jest to podmiot co prawda o podobnej nazwie, jednakże jak wskazuje dokument, jest to zupełnie inne przedsiębiorstwo - kod identyfikacyjny obydwu firm jest odmienny.

W drugiej części odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał na istniejące – jego zdaniem – 12 niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.

1.

Argumentował, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał podnoszenia przodu i tyłu tramwaju jednym dźwigiem (bez użycia trawersy), chwytając „za nos”, przy pożądanym udźwigu nie przekraczającym 120kN. W treści oferty przystępującego znajduje się zapis odnośnie wymaganego udźwigu do podnoszenia przodu i tyłu tramwaju jednym dźwigiem (bez użycia trawersy), chwytając „za nos”, gdzie wartość wynosi 147kN dla przodu i tyłu. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach potwierdził wartość „147kN”, co oznacza, że ww. wymóg zamawiającego podnoszenia przodu i tyłu tramwaju jednym dźwigiem (bez użycia trawersy), chwytając „za nos”, przy pożądanym udźwigu nieprzekraczającym 120kN nie jest spełniony.

2.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał, aby przebieg tramwaju, przyczepy krótkiej i przyczepy długiej do naprawy głównej (remontu) najniższego rzędu nie był mniejszy niż 550 tys. km lub 10 lat eksploatacji. W treści oferty przystępującego znalazł się zapis odnośnie wymaganego przebiegu do naprawy głównej - 200 000 tys. km. Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach poinformował, iż zaistniała „oczywista pomyłka pisarska” polegającej na dopisaniu do cyfry „2” zbyt dużej ilości „0”. Wynika z tego, że w przypadku niezaimplementowania pomyłki pisarskiej wpisana wartość byłaby i tak niższa od wymaganej 550 tys. km. Przystępujący wyjaśnił, iż w przypadku większych dobowych

przebiegów, niż przewidywane przez niego, pozostaje w mocy, wymagany przez zamawiającego limit przebiegu do naprawy głównej 550.000 km. Nie może zostać to jednak zostać uwzględnione, albowiem zamawiający nie określił, że ww. limit ma dotyczyć tylko przypadku większych dobowych przebiegów.

3.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał, aby przyczepa krótka i długa poza hamulcem postojowym była wyposażona w hamulce szynowe. Zgodnie z treścią oferty przystępującego, na przedstawionych wraz z ofertą rysunkach widoków wózków przyczepy krótkiej i długiej nie zostały przedstawione układy hamulcowe oraz hamulce szynowe. Ponadto występują na rysunkach niezidentyfikowane przerwania osi zestawów kołowych. W swych wyjaśnieniach przystępujący wskazał, że zaoferowane przez niego tramwaje doczepne bierne (przyczepa długa i krótka) będą wyposażone w układy hamulcowe: tj. hamulce postojowe oraz hamulce szynowe.

Odwołujący argumentował, że przedstawiona na ww. rysunkach widoków wózków przyczepy krótkiej i długiej sytuacja (przerwania osi zestawów kołowych) nie może zostać uznana za rozwiązanie techniczne przystające do postawionych w SIWZ wymagań technicznych. Ponadto mając na uwadze masy tych pojazdów i obowiązujące przepisy wynikające z SIWZ, spełnienie wymogów wymaga zastosowania rozwiązania konstrukcyjnego w postaci hamulca roboczego, co również nie jest zgodne z tymi wymaganiami SIWZ.

4.

Odwołujący, w dalszej części odwołania wywiódł, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał zabudowy układu piaskowania w tramwaju. W treści oferty przystępującego brak jest na rysunku widoku wózka wagonowego tramwaju zabudowanego układu piaskowania, co czyni ofertę wykonawcy niezgodną z treścią SIWZ.

5.

Odwołujący argumentował ponadto, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał w każdej ze ścian bocznych części wyposażeniowo - technicznej wykonania co najmniej dwóch okien, z których jedno musi być wyjściem awaryjnym. W treści oferty przystępującego na rysunkach w każdej ze ścian bocznych części wyposażeniowo - technicznej występuje po jednym oknie, z których żadne nie jest wyjściem awaryjnym.

6.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał do przewietrzania części wyposażeniowo - technicznej zastosowania szyberdachów. W treści oferty przystępującego na rysunkach tramwaju w dachu części wyposażeniowo - technicznej nie występują szyberdachy.

7.

Odwołujący wywodził, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał, aby kabinę motorniczego wyposażyc w okna przesuwne. W treści oferty przystępującego na rysunkach tramwaju w żadnej z dwóch kabin motorniczego nie występują okna przesuwne.

8.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał, aby przyczepa krótka posiadała dodatkowe oświetlenie pola wysypywanego ładunku załączanego przez obsługę, stosownie do potrzeb. W treści oferty przystępującego dodatkowe oświetlenie pola wysypywanego ładunku nie występuje na rysunku przyczepy krótkiej.

9.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał, aby tramwaj i przyczepy odpowiadały warunkom technicznym określonym (między innymi) w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U. Nr 65, poz. 344) - Rozdział 7 - Światła zewnętrzne. W treści oferty przystępującego wymagane światła zewnętrzne nie występują na rysunku przyczepy długiej i krótkiej, co czyni je niezgodnymi z wymaganiami wskazanymi w treści powołanego wyżej rozporządzenia.

10.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z treścią wyjaśnień i zmiany SIWZ nr 2 z dn. 17.06.2014 r. odpowiedź nr 13 - zamawiający wymagał, aby z uwagi na pracę żurawia w sąsiedztwie górnej sieci trakcyjnej, dopuszczalna maksymalna wysokość uniesienia ramienia żurawia wynosiła 3,7 m liczone od pgs. Zamawiający wymaga zastosowania takich rozwiązań technicznych żurawia, aby zapewnić możliwie dużą wysokość użyteczną podnoszenia. W treści oferty przystępującego w przedstawionym w ofercie rysunku pola pracy żurawia zakres zdecydowanie wykracza poza obszar określony przez zamawiającego tj. wysokość 3,7m liczone od pgs. Ponadto na rysunkach przyczepy długiej w ofercie przystępującego, dokument nr 6 - żuraw w stanie spoczynku wykracza poza określony na poziomie 3,7 m od pgs maksymalny wymiar wysokości zabudowy żurawia.

11.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał, aby przyczepa długa była przystosowana do samodzielnego załadunku i rozładunku przewożonego ładunku. W tym celu musi być wyposażona w posadowiony w środkowej jej części przy jednym z jej boków żuraw o udźwigu co najmniej 14t/m i wysięgu co najmniej 8m o zakresie pracy  $n360^\circ$ . W treści oferty przystępującego przedstawione parametry żurawia zabudowanego na przyczepie długiej nie spełniają w części zakresu wymaganego przez zamawiającego udźwigu, tj. 14 t/m - dotyczy to sytuacji gdy na wysięgu 2,50 m żuraw winien unosić co najmniej 5600 kg, a według ww. dokumentu unosi 5200 kg.



12.

Odwołujący uzasadniał również, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał, aby przyczepa długa posiadała dodatkowe oświetlenie pola pracy załączanego przez obsługę, stosownie do potrzeb. W treści oferty przystępującego dodatkowe oświetlenie pola pracy nie występuje na rysunku przyczepy długiej, co czyni ofertę niezgodną z treścią SIWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca ZPS sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. Złożył pismo procesowe, w którym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, ofertę złożoną przez odwołującego, pismo zamawiającego do Ambasady RP w Kijowie z 18 lipca 2014 r., pismo Ambasady RP w Kijowie z 22 lipca 2014 r., wezwanie zamawiającego z 18 lipca 2014 r. skierowane do odwołującego o wyjaśnienie i uzupełnienia dokumentów składanych celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, pismo odwołującego z 22 lipca 2014 r. stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego z 18 lipca 2014 r., pismo zamawiającego z 18 lipca 2014 r. skierowane do przystępującego o wyjaśnienie treści oferty, wyjaśnienia treści oferty przystępującego z 22 lipca 2014 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze,

której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z postępowania, zaś jego oferta została odrzucona. Oferta odwołującego – w świetle kryteriów oceny ofert – byłaby sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji, za ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza oraz niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania i niezasadnie odrzucił jego ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego i unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **I. Zarzuty dotyczące czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia**

Ustalono, że zamawiający opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli wykazać wykonawcy aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przesądził w pkt 5.1.2 SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać tylko tacy wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, dostawę co najmniej: fabrycznie nowego tramwaju z napędem energoelektronicznym lub fabrycznie nowego pojazdu szynowego przeznaczonego do obsługi, naprawy i utrzymania infrastruktury technicznej. W pkt 5.3. SIWZ wskazano, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu (przedstawić dokumenty), iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W pkt 6.9 SIWZ sprecyzowano, że celem wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz dostaw w zakresie niezbędnym do

wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w kresie 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 dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie.

Ponadto w pkt 6.12 SIWZ sprecyzowano, że do oferty należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów, zgodnie z pkt 5.3., do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumenty dotyczące w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia - jeżeli dotyczy.

Odwołujący, celem wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu złożył wraz z ofertą wykaz, w którym wpisano:

- 1) dostawę nowego tramwaju modelu 71-623, częściowo niskopodłogowego z napędem energoelektrycznym prądu przemiennego; data podpisania umowy: 20.04.2012 r., data wykonania dostawy: 08.05.2012 r., na rzecz odbiorcy: Przedsiębiorstwa Naukowo-Technicznego STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii sp. z o.o. w Kijowie,
- 2) dostawę nowego tramwaju modelu 71-623, częściowo niskopodłogowego z napędem energoelektrycznym prądu przemiennego; data podpisania umowy: 05.09.2012 r., data wykonania dostawy: 05.10.2012 r., na rzecz odbiorcy: Funduszu Dobroczynnego Deputowanego Ukrainy J.W. I..... w Jenakijewie, Ukraina.

Do wykazu załączono opinię Przedsiębiorstwa Naukowo-Technicznego STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii sp. z o.o. w Kijowie z 16 maja 2012 r., zgodnie z którą oświadcza ono, że *współpracuje z firmą Dom Handlowy UKWZ Ukraina sp. z o.o. od kwietnia 2012 r. po zawarciu umowy na dostawę wagonu tramwajowego model 71-623 produkcji Ust' Katawskiej Fabryki Wagonów. Postanowienia umowy zostały w pełni zrealizowane w ustalonych terminach. Podkreślić należy, że firma Dom Handlowy Ukraina sp. z o.o. sprawnie reagowała na wszystkie prośby lub żądania naszej jednostki organizacyjnej i dała się poznać jako partner niezawodny i odpowiedzialny. Wyrażamy szczerą wdzięczność za sumienne wywiązywanie się z zawartej umowy na dostawę i mamy nadzieję na wzajemnie korzystną współpracę w przyszłości.*

Do wykazu załączono nadto opinię Funduszu Dobroczynnego Deputowanego Ukrainy J.W. I..... w Jenakijewie, Ukraina, zgodnie z którą *współpracuje z firmą Dom Handlowy UKWZ Ukraina sp. z o.o. od 5 września 2012 r. po zawarciu umowy na dostawę wagonu tramwajowego model 71-623 produkcji Ust' Katawskiej Fabryki Wagonów. Postanowienia umowy zostały w pełni zrealizowane w ustalonych terminach. Podkreślić należy, że firma Dom Handlowy Ukraina sp. z o.o. sprawnie reagowała na wszystkie prośby lub żądania naszej jednostki organizacyjnej i dała się poznać jako partner niezawodny i odpowiedzialny. Wyrażamy szczerą wdzięczność za sumienne wywiązanie się z zawartej umowy na dostawę i mamy nadzieję na wzajemnie korzystną współpracę w przyszłości.*

Złożono również zobowiązanie z 11 czerwca 2014 r., wystawione przez Dom Handlowy UKWZ Ukraina sp. z o.o., w którym zobowiązuje się względem odwołującego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania dostaw 2 fabrycznie nowych tramwajów z napędem energoelektronicznym na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na zakup dwukierunkowych tramwajów technicznych.

Złożono również porozumienie o współpracy z 11 czerwca 2014 r. zawarte przez odwołującego z Domem Handlowym UKWZ Ukraina sp. z o.o., mocą którego Dom Handlowy Ukraina sp. z o.o. zobowiązuje się do udostępnienia odwołującemu posiadanego przez siebie know how, swoich procedur technologicznych i opisu metod realizacji zadań w zakresie dotyczącym materiałów, części, podzespołów i zespołów oraz wymagań stawianych systemom zabudowanym w tramwaju. Dodatkowo pomiot ten zobowiązał się do udostępnienia odwołującemu wiedzy w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych poprzez udostępnienie materiałów technicznych oraz schematów i opisów konstrukcyjnych. Jednocześnie zobowiązał się on również do wykonywania czynności polegających na nadzorze nad procesami technologicznymi stosowanymi przy wykonywaniu zamówienia, nadzorze nad zachowaniem właściwych i wymaganych parametrów technicznych tramwajów, kontrolą poszczególnych etapów końcowego montażu tramwaju oraz nadzorze przed odbiorami technicznymi. Sprecyzowano, że świadczenia te będą polegały na konsultacjach telefonicznych oraz mailowych, oddelegowaniu odpowiednio wyspecjalizowanych pracowników, przeprowadzeniu wideokonferencji, pisemnych instrukcjach, przekazaniu dokumentacji eksploatacyjnej tramwajów, głównych schematów systemów tramwajów, celem wykorzystania istniejących rozwiązań konstrukcyjnych przy realizacji zamówienia, kontakcie mailowym.

Ustalono również, że pismem z dnia 18 lipca 2014 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do wyjaśnienia (uzupełnienia) dokumentów składanych celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. W wezwaniu zamawiający wskazał, że wskazane w wykazie terminy dostaw wynosiły odpowiednio 19 dni i 31 dni. Wywiódł, że według wiedzy i doświadczenia zamawiającego standardowe terminy na

wykonanie dostaw tramwajów wynoszą co najmniej kilkanaście miesięcy w związku z czym pojawia się wątpliwość, czy istotnie przedmiotem umów były dostawy tramwajów czy też były to usługi np. przewozu rzeczy. W wezwaniu podniesiono również, że zamawiający, w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE obowiązany jest zbadać, czy wykonawca powołujący się na korzystanie z zasobów wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, faktycznie zapewnił sobie zasoby tego podmiotu potrzebne do realizacji zamówienia. Zwrócił uwagę, że skoro producentem tramwajów jest Ust' Katawska Fabryka Wagonów z Rosji, z podmiotem udostępniającym zasoby Dom Handlowy Ukraina sp. z o.o. , to treść porozumienia o współpracy zawiera zobowiązania do świadczeń, których spełnienie wydaje się niemożliwe przez podmiot niebędący producentem. Pojawia się zatem wątpliwość, czy porozumienie nie jest jedynie czynnością pozorną, mającą na celu obejście przepisów ustawy (tj. wykazanie dysponowania zasobami podmiotów trzecich, których podmiot trzeci w rzeczywistości nie może udostępnić, gdyż sam nimi nie dysponuje). Zamawiający wskazał przykładowo, że trudno byłoby nabyć doświadczenie np. w procesach technologicznych, nie uczestniczą w produkcji. Ponadto wątpliwości budzi brak możliwości kontaktu z podmiotem trzecim. Adres ww. podmiotu to adres bloku mieszkalnego w Kijowie, nie można ustalić numeru telefonu, strony internetowej, ani składu osobowego organów podmiotu.

Wobec powyższego zamawiający wezwał do wyjaśnienia ewentualnie uzupełnienia nowych dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z 22 lipca 2014 r., w którym oświadczył, że przedmiotem umów wskazanych w wykazie dostaw były dostawy w rozumieniu art. 2 ustawy Pzp. Wyjaśniał, że przekazanie doświadczenia nie musiało obejmować produkcji, zaś zamawiający nie powinien wyciągać negatywnych konsekwencji z powodu przekazania wiedzy i doświadczenia w szerszym zakresie. Przyznał, że Dom Handlowy Ukraina nie jest producentem tramwajów. Przypomniał charakter współpracy wynikający z porozumienia załączonego do oferty. Oświadczył, że Dom Handlowy Ukraina jest podmiotem funkcjonującym na rynku ukraińskim. Współpracując z Zakładem Ust' Katawska Fabryka Wagonów prowadził prace doradcze, konsultacyjne i techniczne w zakresie technicznego przygotowania produkcji – szczególnie w konstrukcyjnym i technologicznym wytworzeniu tramwajów z uwzględnieniem warunków eksploatacyjnych na rzecz producenta tych tramwajów w celu ich dostosowania do infrastruktury posiadanej przez użytkownika.

Do pisma załączono protokół zdawczo-odbiorczy z 8 maja 2012 r. tramwaju model 71-623 wyprodukowanego przez Ust' Katawskie Fabryki Wagonów podpisany przez Dom Handlowy Ukraina i Przedsiębiorstwo Naukowo-Techniczne STG Inżyniering, mocą którego dostawca przekazał, a kupujący przyjął przedmiot odbioru.

Do pisma załączono protokół zdawczo-odbiorczy z 5 października 2012 r. tramwaju model 71-623 wyprodukowanego przez Ust' Katawskie Fabryki Wagonów podpisany przez Dom Handlowy Ukraina i Fundusz Dobroczynny Deputowanego I....., mocą którego dostawca przekazał, a kupujący przyjął przedmiot odbioru.

Do pisma załączono nadto oświadczenie Ust' Katawskich Zakładów Budowy Wagonów z 19 maja 2011 r. , zgodnie z którym Dom Handlowy Ukraina jest wyłącznym dystrybutorem Ust' Katawskich Zakładów Budowy Wagonów w zakresie związanym z produkcją tramwajów na terenie Ukrainy i jest upoważniony do prowadzenia rozmów i podpisywania kontraktów na dostawę wagonów.

Złożono także oświadczenie własne Domu Handlowego Ukraina z 21 lipca 2014 r., w którym stwierdza, że współpracując z Ust' Katawskimi Zakładami Budowy Wagonów z Rosji prowadził prace doradcze, konsultacyjne i techniczne w zakresie technicznego przygotowania produkcji z uwzględnieniem warunków eksploatacyjnych celem dostosowania do posiadanej infrastruktury na terenie Ukrainy.

Ustalono również, że pismem z dnia 18 lipca 2014 r. zamawiający zwrócił się do Ambasady RP w Kijowie o pomoc w uzyskaniu informacji w zakresie:

- zakres działalności Domu Handlowego UKWZ Ukraina, w tym czy podmiot ten zajmuje się dostawami tramwajów oraz czy posiada wiedzę i doświadczenie w tym zakresie,
- ustalenie zakresu działalności Przedsiębiorstwa Naukowo-Technicznego STG Inżyniering oraz uzyskanie potwierdzenia czy faktycznie podmiot ten zakupił tramwaj, czy był (jest) on eksploatowany,
- ustalenie zakresu działalności Funduszu Dobroczynnego Deputowanego I..... i ustalenie czy faktycznie zakupił on tramwaj i czy jest on (był) eksploatowany i przez kogo.

Zamawiający otrzymał pismo z Ambasady RP w Kijowie, w którym stwierdzono, że pracownik Ambasady udał się pod oficjalne adresy rejestracji firmy UKWZ Ukraina (Kijów, ul. Akademika Głuszkowa 22/100 oraz Kijów ul. Czerwonoarmijska 30), lecz nie stwierdził w tym miejscu istnienia żadnego przedstawicielstwa/biura. Dodatkowo Wydział Ambasady sprawdził działalność firmy STG Kiiv, która według dostępnych informacji wstrzymała działalność. Poinformowano zamawiającego, że deputowany I..... został objęty sankcjami. Ambasada rekomenduje zachowanie szczególnej ostrożności z kontaktach biznesowych ze spółkami powiązаныmi z tą osobą. Do pisma załączono dokumenty w języku ukraińskim.

Ustalono również, że pismem z dnia 23 lipca 2014 r. zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył odwołującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2. SIWZ. Zamawiający

w uzasadnieniu opisał stan wynikający ze złożonych przez odwołującego dokumentów. Wskazał, że termin dostaw tramwajów wnosił odpowiednio 19 i 31 dni. Wskazał, że producentem tramwajów jest Ust' Katawska Fabryka Wagonów, a udostępniającym zasób wiedzy i doświadczenia Dom Handlowy UKWZ Ukraina sp. z o.o. Porozumienie o współpracy zawiera zobowiązania niemożliwe do spełnienia przez podmiot niebędący producentem, co oznacza że porozumienie jest czynnością pozorną, mającą na celu obejście ustawy. Wskazał na ustalenia poczynione przez pracownika Ambasady co do braku biura Domu Handlowego Ukraina pod adresami wskazanymi w piśmie Ambasady, co do objęcia sankcjami deputowanego I....., i że STG Kiiv wstrzymał działalność. Wskazał, że nie udało się odbyć rozmowy telefonicznej z żadnym z podmiotów: tj. Domem Handlowym Ukraina, podmiotami które wystawiły opinie ani producentem tramwajów. W przypadku Domu Handlowego Ukraina i producenta udało się nawiązać połączenia, ale po informacji, że rozmówca jest z Polski przerywano połączenia i odrzucano kolejne. Wobec powyższego zamawiający wskazał, że nie mógł skorzystać z możliwości, jakie daje § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, tj. możliwości bezpośredniego potwierdzenia u odbiorców czy dostawy zostały wykonane, z uwagi na wstrzymanie działalności lub niedostępność podmiotów. Zamawiający powołał się również na to, że skoro fabryka w Rosji jest założycielem Domu Handlowego Ukraina to z uwagi na sytuację w regionie nie wiadomo, czy w czasie realizacji zamówienia podmiot z Ukrainy będzie istniał i czy będzie w stanie udostępnić zasoby.

Zamawiający wskazał także, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Ustalono nadto, że odwołujący do odwołania załączył:

- 1) wypis z rejestru handlowego Dom Handlowy UKWZ - Ukraina Sp. z o.o., z którego wynika, że założycielem firmy Dom Handlowy UKWZ - Ukraina Sp. z o.o. jest „Dom Handlowy Ust' Katawska Fabryka Budowy Wagonów”, Moskwa, kapitał zakładowy wynosi 1.991.750,00 hrywien, siedziba Akademika Głuszkowa 22 m 100., Kijów,
- 2) informacje z organów podatkowych o niezaleganiu z płatnościami w zakresie podatków; ubezpieczeń społecznych, zaświadczenie o braku postępowania upadłościowego w odniesieniu do Domu Handlowego Ukraina sp. z o.o.,
- 3) zaświadczenie o niekaralności dla O..... R.....,
- 4) wypis z rejestru firmy Przedsiębiorstwa Naukowo-Technicznego STG Inżyniering.

W trakcie posiedzenia Izby odwołujący złożył:

- 1) pismo z dnia 13 sierpnia 2014 r. pochodzące z Ust' Katawskich Zakładów Budowy Wagonów imienia Kirowa skierowane do odwołującego i Domu Handlowego Ukraina

wraz z tłumaczeniem, w którym oświadcza, że Dom Handlowy Ukraina udzielał zaleceń w zakresie konstrukcyjnej i technologicznej produkcji tramwajów w celu ich najlepszego dostosowania do infrastruktury miast eksploatujących tramwaje na terenie Ukrainy, wykorzystując wiedzę w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych dotyczących budowy tramwajów, standardów państwowych Ukrainy, wymagania zajezdni, warunków eksploatacji na Ukrainie,

- 2) pismo z dnia 6 sierpnia 2014 r. pochodzące od Funduszu Dobroczynnego Deputowanego Ukrainy I..... skierowanego do odwołującego wraz z tłumaczeniem, z którego wynika, że fundusz kupił tramwaj dla miasta Jenakijewe, który jest eksploatowany przez przedsiębiorstwo komunalne,
- 3) pismo z dnia 11 sierpnia 2014 r. pochodzące z Przedsiębiorstwa Naukowo-Technicznego STG Engineering w Kijowie wraz z tłumaczeniem, w którym oświadcza, że Dom Handlowy Ukraina przekazał spółce tramwaj a dostawa odpowiada umowie,
- 4) umowę nr 2 z 20 kwietnia 2012 r. zawartą przez Dom Handlowy Ukraina z Przedsiębiorstwem Naukowo-Technicznym STG Engeneering w Kijowie wraz z tłumaczeniem, której przedmiotem jest dostarczenie tramwaju,
- 5) umowę nr 10 z dnia 5 września 2012 r. zawartą przez Dom Handlowy Ukraina z Funduszem Dobroczynnym Deputowanego I..... wraz z tłumaczeniem, której przedmiotem jest dostarczenie tramwaju.

W trakcie posiedzenia Izby zamawiający złożył wydruk korespondencji mailowej jaką kierował do Ust Katawskiej Fabryki Wagonów z dnia 13 sierpnia 2014 r. wraz z tłumaczeniem, w którym prosi o wyjaśnienie roli Domu Handlowego Ukraina.

W trakcie posiedzenia przystępujący złożył:

- 1) wyciąg ze sprawozdania wywiadowni gospodarczej na Ukrainie, zgodnie z którym Dom Handlowy Ukraina zatrudnia 2 osoby, posiada obrót w 2011 – 139 tys hrywien, w roku 2012 r. – 6.788 900 hrywien, aktywa w 2012 – 1.527.200 hrywien, aktywa trwale w 2012 r. - 14000 hrywien,
- 2) dokumenty złożone wraz z ofertą przez odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Tramwaje Śląskie sp. z o.o., z których wynika że w postępowaniu tym powołał się również na zasób wiedzy i doświadczenia Domu Handlowego Ukraina sp. z o.o.,
- 3) pismo Ambasady RP w Kijowie do firmy Modertrans sp. z o.o. z 18 lipca 2014 r., w którym to piśmie Ambasada wypowiada się co do braku biura Domu Handlowego Ukraina przy ul. Akademika Głuszkowa 22 m 10 i Czerwonoarmijskiej 30, oraz co do tego że podmiot STG Kiiv wstrzymał działalność.



Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zdaniem Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu w powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5 ppkt 5.1. ppkt 2 SIWZ.

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący wykazując warunek udziału w postępowaniu powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – Domu Handlowego UKWZ-Ukraina sp. z o.o., przedstawiając w tym celu wykaz dostaw, dokumenty referencyjne. Zaś celem udowodnienia, że z cudzych zasobów wiedzy i doświadczenia rzeczywiście będzie mógł korzystać w trakcie realizacji zamówienia publicznego, przedstawił pisemne zobowiązanie i porozumienie o współpracy.

W powołanym przez odwołującego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że na zasadzie wyjątku od zasady samodzielnego spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.*

W ocenie Izby, zamawiający dokonał prawidłowej wykładni tego przepisu prawa krajowego, z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej. Podkreślić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że *KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego.* Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-

106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednoczenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Na uwagę zasługuje fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą”. W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca *może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązane takich podmiotów.* Jak wynika z przywołanych przepisów dyrektywy, prawodawca unijny przewidział dalej idące, aniżeli wynikające literalnie z prawa krajowego, wymogi, od których uzależnił możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotów trzecich. Zgodnie z prawem unijnym,

możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i w „przypadku konkretnego zamówienia”. Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i możliwe jest jedynie w stosownych sytuacjach. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia i czy w konsekwencji jest to „stosowna sytuacja”, o której mowa w przepisach dyrektywy. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”*. *„Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.”* (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje. *„Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.”*

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że dowody, które mu złożył odwołujący nie potwierdzają, aby odwołujący zapewnił sobie możliwość realnego polegania na zasobach wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i w konsekwencji nie jest to „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy oraz orzecznictwie TS UE.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, jakoby zamawiający nie miał prawa badać treści porozumienia. Wręcz przeciwnie, jak wynikało z przywołanych przepisów, jak również treści SIWZ, na zamawiającym spoczywał obowiązek starannego

przeanalizowania dokumentu. Zwrócić należało uwagę, że w postanowieniu pkt 6.12 SIWZ, jednoznacznie nałożono na wykonawców obowiązek złożenia dokumentów obrazujących:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania zasobów tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że dokumenty te były żądane przez zamawiającego nie tylko dla formalnego wyczerpania obowiązku wykazania warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z przepisu § 1 ust. 6 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231 ze zm.)* informacje te służą zamawiającemu do oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo dostrzegł, że podmiot trzeci - Dom Handlowy UKWZ Ukraina, wbrew zobowiązaniom poczynionym w porozumieniu o współpracy z 11 czerwca 2014 r. nie posiada wiedzy i doświadczenia, które umożliwiłyby mu wywiązywanie się z zobowiązań poczynionych w tym dokumencie. Jak wynikało z treści porozumienia, podmiot ten zobowiązał się względem odwołującego do udostępnienia *posiadanego przez siebie know how, swoich procedur technologicznych i opisu metod realizacji zadań w zakresie dotyczącym materiałów, części, podzespołów i zespołów oraz wymagań stawianych systemom zabudowanym w tramwaju*. Dodatkowo podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia odwołującemu wiedzy w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych poprzez udostępnienie materiałów technicznych oraz schematów i opisów konstrukcyjnych. Jednocześnie zobowiązał się on również do wykonywania czynności polegających na nadzorze nad procesami technologicznymi stosowanymi przy wykonywaniu zamówienia, nadzorze nad zachowaniem właściwych i wymaganych parametrów technicznych tramwajów, kontrolą poszczególnych etapów końcowego montażu tramwaju oraz nadzorze przed odbiorami technicznymi.

Zdaniem Izby świadczenia te nie są możliwe do spełnienia przez podmiot niebędący producentem tramwajów. Wiedza, a przede wszystkim doświadczenie (za które uznaje się jednak praktyczne umiejętności nabyte wskutek uprzednio wykonywania określonego świadczenia) co do procesów technologicznych i konstrukcyjnych z zakresu budowy tramwajów może posiadać jedynie taki podmiot, który skonstruował tramwaj. Zamawiający dokonując wiarygodności tego dokumentu musiał brać pod uwagę całokształt jego treści.

Biorąc pod uwagę konieczność oceny realności polegania na zasobie podmiotu trzeciego zamawiający zasadnie uznał, że sposób wykorzystania zasobów podmiotu

trzeciego wskazany w porozumieniu właściwy jest dla producenta tramwajów, a nie dla dystrybutora i pośrednika, jakim jest Dom Handlowy UKWZ Ukraina sp. z o.o. Na taką rolę podmiotu trzeciego wskazuje całokształt okoliczności sprawy. Zwrócić należy uwagę na niezwykle krótkie terminy dostaw (odpowiednio 19 dni i 31 dni od zawarcia umowy – wykaz dostaw). Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że standardowe terminy dostaw tramwajów wynoszą kilkanaście miesięcy, a nie dni. Wskazuje na to również potencjał kadrowy i ekonomiczny tego podmiotu (2 zatrudnione osoby, niewielka wartość obrotów tej firmy - dane wywiadowni gospodarczej, załączone do pisma procesowego przystępującego) czy brak jakiegokolwiek biura/przedstawicielstwa w miejscu siedziby firmy, będącym mieszkaniem w bloku (ul. Akademika Hłuszkowa 22 m 100 w Kijowie – pismo Ambasady RP w Kijowie). Na rolę Domu Handlowego Ukraina wskazuje także pismo producenta tramwajów Ust-Katawskich Zakładów Budowy Wagonów. W dokumencie z 19 maja 2011 r. załączonym przez odwołującego do jego pisma z 22 lipca 2014 r. producent stwierdził, że Dom Handlowy Ukraina jest dystrybutorem Ust' Katawskich Zakładów Budowy Wagonów w zakresie związanym z produkcją tramwajów na terenie Ukrainy, który jest uprawniony do prowadzenia rozmów i podpisywania kontraktów na dostawę wagonów. Taka też rola Domu Handlowego UKWZ Ukraina wyłania się z pisma z dnia 13 sierpnia 2014 r. pochodzącego z Ust' Katawskich Zakładów Budowy Wagonów. Z dokumentu tego wynika, że Dom Handlowy Ukraina służył producentowi pomocą w przekazywaniu informacji odnośnie standardów państwowych Ukrainy, a także zbierał od kontrahentów dane odnośnie wymagań zajezdni i wynikłych stąd warunków eksploatacji pojazdów na Ukrainie. Wszystkie okoliczności jednoznacznie świadczą o tym, że rola Domu Handlowego Ukraina przy realizacji dostaw sprowadzała się de facto do pośrednictwa pomiędzy fabryką tramwajów a podmiotami, które nabyły tramwaje w Kijowie i Jenakijewie. Taką też wiedzę i doświadczenie Dom Handlowy Ukraina w trakcie realizacji dostaw nabył i tylko w takim zakresie mógł udostępnić odwołującemu, co nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji niemożliwym jest spełnienie świadczeń takich jak choćby przeszkolenie przez Dom Handlowy Ukraina sp. z o.o. kadry inżynierjno-technicznej odwołującego zaangażowanej w realizację zamówienia, oddelegowanie wyspecjalizowanych pracowników, którzy mieliby sprawować nadzór nad pracami montażowymi tramwaju, nadzór nad odbiorami końcowymi czy nad procesami technologicznymi.

Odwołujący w odwołaniu wywodził, że wykonując porozumienie o współpracy, Dom Handlowy Ukraina może korzystać zarówno z zasobów własnych jak i dodatkowo także częściowo korzystać z potencjału technicznego i osobowego innych podmiotów i osób np. „Ust' Katawskich Zakładów Budowy Wagonów im. S.M. Kirowa. W tym zakresie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Pzp jedynie jako wyjątek od zasady samodzielnego spełniania warunków dopuszcza poleganie za zasobach podmiotu trzeciego. Nie zna instytucji

polegania za zasobach dalszego podmiotu trzeciego. Jednakże nawet gdyby przyjąć przeciwne stanowisko, to odwołujący, wbrew obowiązkowi udowodnienia nałożonego na niego przez ustawodawcę tak krajowego jak i unijnego, nie wykazał aby Ust' Katawskie Fabryki Wagonów zobowiązały się do wykonania - niejako w zastępstwie Domu Handlowego Ukraina - jakichkolwiek zobowiązań wynikających z treści porozumienia o współpracy. Co więcej, w treści porozumienia Dom Handlowy Ukraina jednoznacznie wypowiadał się o udostępnieniu „swojego” know how, jak również „swoich” procedur technologicznych, metod realizacji w zakresie tak materiałów, części podzespołów i zespołów tramwaju (por. § 3 porozumienia o współpracy).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że skoro Dom Handlowy Ukraina nie mógł poczynić zobowiązań do udostępniania zasobów, których nie posiada, to treść porozumienia o współpracy okazała się w istocie pusta i pozorna, obejmując jedynie przekazanie dokumentów referencyjnych. Uznano w konsekwencji, że odwołujący nie udowodnił, że zapewnił sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, a tym samym nie wykazał warunku udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Odmienne stanowisko i zaakceptowanie dokumentów jedynie formalnie odpowiadających treści ustawy, bez należytej weryfikacji ich treści, oznaczałoby zaakceptowanie sytuacji, w której zamawiający dokona wyboru wykonawcy, który nie będzie zdolny w sposób należyty zrealizować zamówienie publiczne. Na to zjawisko zwrócono także zjawisko w piśmiennictwie (por. m.in. Zofia Józwiak, „Handel referencjami może psuć przetargi”, Rzeczpospolita, 7 lutego 2012 r.). Przyjęcie takiej praktyki powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się w ogóle bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówień powierzałoby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Tymczasem, jak wynika z motywu 39 dyrektywy, zamawiający ma prawo wymagać od wykonawców szczególnego poziomu kompetencji w celu dopuszczenia ich do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie zauważyć należy, że zamawiający w uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia nieprawidłowo wskazał, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym piśmiennictwem i orzecznictwem *„Norma z art. 24 ust. 4 dotyczy w szczególności ofert, które zostały złożone przez wykonawców w postępowaniach jednoetapowych (przetarg nieograniczony, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki), którzy składając ofertę, nie mieli wiedzy, że zostaną wykluczeni z postępowania. Przepis zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 5 odnosi się również do ofert złożonych przez wykonawców, którzy zostali we wcześniejszej części postępowania*

*poinformowani o wykluczeniu (np. na podstawie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), a mimo to złożyli oferty”* (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata Komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Analizowane postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a więc w trybie jednoetapowym. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego nie była poprzedzona uprzednią decyzją o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, co pozwalałoby na zastosowanie normy wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zatem skoro zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, to do złożonej przez niego oferty znajduje zastosowanie przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a nie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

## **II. Zarzuty dotyczące zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego**

### *1. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty przystępującego z treścią rozdziału II część IV, punkt 12.4.1) SIWZ*

Ustalono, że zgodnie z treścią SIWZ - Rozdział II (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - SOPZ), Część IV, punkt 12.4.1) (str. 63) – zamawiający wskazał, że tramwaj musi być wykonany w taki sposób, aby przy wykorzystaniu posiadanego przez zamawiającego sprzętu, jakim są: żurawie samochodowe wyposażone w zblozce do podnoszenia czoła tramwaju i trawersę, zestaw podnośników do wkolejenia pojazdów szynowych firmy LUCAS, wózki holownicze służące do awaryjnego sprowadzania tramwaju, uchyby boczne stosowane przy podnoszeniu tramwaju, była możliwość awaryjnego podniesienia tramwaju oraz jego wkolejenia i sprowadzenia na wózku do awaryjnego sprowadzania tramwaju, z uwzględnieniem: m.in. podnoszenia przodu i tyłu tramwaju jednym dźwigiem (bez użycia trawersy), chwytając „za nos”, przy pożądanym udźwigu nie przekraczającym 120kN. W pkt 12.5 zamawiający opisał posiadany przez siebie sprzęt, w tym m.in. żuraw typu 6 x 4 TRAM 191 i TRAM 124.

W treści oferty przystępującego, w specyfikacji ofertowej - tabela p. 10 (str. 34) – znalazł się zapis odnośnie wymaganego udźwigu do podnoszenia przodu i tyłu tramwaju jednym dźwigiem (bez użycia trawersy), chwytając „za nos” wynoszący 147 kN dla przodu i tyłu.

Pismem z dnia 22 lipca 2014 r. przystępujący wyjaśnił, że podany w specyfikacji ofertowej udźwig wynika z szacowanej wielkości pojazdów oraz wielkości tzw. nawisów.

Przyjęta masa tramwaju (35 t) uwzględnia konieczność uzyskania odpowiedniej, wymaganej siły pociągowej bez poślizgu kół, natomiast masy przyczep (ok. 16 t i 20 t) wynikają z ich wymaganej nośności, wytrzymałości oraz stateczności. Wobec powyższego podane w specyfikacji wartości udźwigu są wartościami nominalnymi. Pozwolą one na podnoszenie tramwaju technicznego oraz przyczep z maksymalnym ładunkiem metodą za nos przy użyciu posiadanego przez zamawiającego żurawia typu 6 x 4 TRAM 191. W przypadku konieczności podniesienia przyczep bez maksymalnego ładunku, możliwe będzie również użycie żurawia TRAM 124.

Zarzut nie jest zasadny.

Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w pkt 12.4 SIWZ określając udźwig posłużył się pojęciem „pożądany”, a nie „wymagany”. Słowo „pożądany” w języku polskim oznacza tyle co „preferowany”, „zalecany”. Sformułowanie użyte przez zamawiającego w SIWZ nie stanowiło zatem wymagania, a tylko sprzeczność z wymaganiem skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Uszło również uwadze odwołującego, że zamawiający w powołanym postanowieniu interesowało przede wszystkim, czy oferowany tramwaj będzie przystosowany do podnoszenia w warunkach awaryjnych przy wykorzystaniu posiadanego przez zamawiającego sprzętu. Sprzęt ten został wymieniony poprzez wskazanie m.in. 2 żurawi. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dodatkowo wyjaśnił, że podany przez niego w specyfikacji udźwig pozwoli na podniesienie tramwaju w sposób określony przez zamawiającego przy wykorzystaniu posiadanych żurawi.

## *2. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty przystępującego z treścią rozdziału II część VII, punkt 5 SIWZ*

Ustalono, że zgodnie z treścią SIWZ - Rozdział II (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - SOPZ), Część VII, punkt 5 (str. 71) - zamawiający wymagał, aby przebieg tramwaju, przyczepy krótkiej i przyczepy długiej do naprawy głównej (remontu) najniższego rzędu nie był mniejszy niż 550 tys. km lub 10 lat eksploatacji.

Zamawiający załączył do SIWZ wzór specyfikacji ofertowej, którą mieli wypełnić wykonawcy. W pkt 13 wzoru zamawiający narzucił konieczność podania parametru „przebieg do naprawy głównej” jedynie poprzez podanie liczby w „tys. km”. Nie przewidziano możliwości podania przebiegu do naprawy głównej w latach.

W treści złożonej przez przystępującego specyfikacji ofertowej w tabeli pkt 13 (str. 34) - znalazł się zapis odnośnie wymaganego przebiegu do naprawy głównej jako 200 000 tys. km.



W złożonych wyjaśnieniach wykonawca wyjaśnił, iż podany przebieg do naprawy głównej należy rozumieć jako przewidywany przebieg pojazdu technicznego w 10-cio letnim okresie eksploatacji, po którym należy przeprowadzić naprawę główną. Wyjaśnił, że w przypadku większych dobowych przebiegów niż przewidywane przez niego, pozostaje w mocy, wymagany przez zamawiającego limit przebiegu do naprawy głównej 550.000 km.

Zarzut nie jest zasadny.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający swój wymóg określił jako alternatywę tj. 550 tys. km lub 10 lat. Taki zabieg oznacza, że spełnienie wymogu następuje, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z elementów alternatywy. Wbrew stanowisku odwołującego przedstawionym na rozprawie, zamawiający nie sprecyzował w SIWZ, że będzie brany pod uwagę ten parametr, który nastąpi wcześniej. Istotnie wykonawca w specyfikacji technicznej wpisał przebieg do naprawy głównej po 200.000 km. Jednakże zamawiający we wzorze specyfikacji, którą mieli wypełnić wykonawcy, pomimo alternatywnego brzmienia wymogu, nie przewidział możliwości wpisania przez wykonawcę lat. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że tramwaje techniczne, a takie są zamawiane w postępowaniu, osiągają znacznie niższe przebiegi aniżeli tramwaje wożące pasażerów. Przy podawanym przez zamawiającego na rozprawie przebiegu rocznym na poziomie ok. 10 – 15 tys. km, w okresie 10 letnim przebieg ten wyniesie ok. 100 – 150 tys. km. Powyższe oznacza, że w ciągu 10 lat nie nastąpi naprawa główna, co stanowiło o spełnieniu wymogu. Jak wynikało z wyjaśnień przystępującego przyjął on właśnie taki sposób rozumowania. Oszacował on roczny przebieg tramwaju na 20 tys. km, co daje 200 tys. km w okresie 10 lat i uzyskaną wartość wpisał do formularza. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał zaś, aby w okresie 10 letnim przebieg tramwaju technicznego miał być większy niż 200 tys. km.

3. *Zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ: rozdziału II Część V, punkt 16 oraz Część VI, punkt 17; rozdziału II Część IV, punkt 5; rozdziału II Część IV, punkt 6.8; rozdziału II Część IV, punkt 6.8; rozdziału II Część IV, punkt 7.9; rozdziału II Część V, punkt 12; rozdziału II Część I, punkt 20; rozdziału II Część VI, punkt 20*

Ustalono, że w pkt 10.7 ppkt 2 SIWZ zamawiający przewidział, iż do oferty należy załączyć:

- a) dokument nr 1 – wizerunek poglądowy tramwaju z podstawowymi wymiarami,
- b) dokument nr 2 – rysunki obrazujące przykładowe rozmieszczenie wyposażenia w części wyposażeniowo-technicznej,

- c) dokument nr 3 – rysunki obrazujące przykładowe rozmieszczenie skrzyń z przegrodami i komory do umieszczenia butli, do których dostęp jest z wewnątrz tramwaju,
- d) dokument nr 4 - rysunki obrazujące przykładowe rozmieszczenie siedzeń i wyposażenia kabiny A (kabina z częścią socjalną),
- e) dokument nr 5 – widok wózka wagonowego tramwaju (w trzech rzutach na osie x, y, z),
- f) dokument nr 6 - wizerunek poglądowy przyczepy długiej z podstawowymi wymiarami,
- g) dokument nr 7 - rysunki obrazujące sposób umieszczenia do transportu szyn o długości 18 metrów,
- h) dokument nr 8 – rysunki obrazujące pole pracy żurawia,
- i) dokument nr 9 – widok wózka wagonowego przyczepy długiej (w trzech rzutach na osie x, y, z),
- j) dokument nr 10 - wizerunek poglądowy przyczepy krótkiej z podstawowymi wymiarami
- k) dokument nr 11 - widok wózka wagonowego przyczepy krótkiej (w trzech rzutach na osie x, y, z).

Ustalono, że w rozdziale II Część V, punkt 16 (str. 68) oraz Część VI, punkt 17 (str. 70) SIWZ - zamawiający wymagał, aby przyczepa krótka i długa poza hamulcem postojowym była wyposażona w hamulce szynowe. Przystępujący złożył wraz z ofertą dokumenty nr 9 i 11 (str. 49 i 52) - na rysunkach widoków wózków przyczepy krótkiej i długiej nie zostały przedstawione układy hamulcowe oraz hamulce szynowe. W dniu 22 lipca 2014 r. złożył wyjaśnienia treści oferty, w których oświadczył, że zaoferowane tramwaje doczepne bierne (przyczepa długa i krótka) będą wyposażone w wymagane układy hamulcowe, tj. w hamulce postojowe oraz hamulce szynowe). Na rozprawie okazano Izbie oryginał oferty przystępującego w szczególności rys. nr 9 znajdujący się na stronie 49 oferty, na którym nie stwierdzono przerwań osi zestawów kołowych.

Ustalono, że w rozdziale II część IV, punkt 5 (str. 49-50) zamawiający wymagał zabudowy układu piaskowania w tramwaju. Przystępujący złożył wraz z ofertą dokument nr 5 (str. 43) - na rysunku widoku wózka wagonowego tramwaju nie zaprezentowano zabudowanego układu piaskowania. Na dokumentach nr 1, 2, 3, 4 oraz na rysunkach dwukierunkowego tramwaju technicznego - brak jest widoku wózka wagonowego tramwaju zabudowanego układu piaskowania.

Ustalono, że w rozdziale II część IV, punkt 6.8 (str. 53 SIWZ) zamawiający wymagał w każdej ze ścian bocznych części wyposażeniowo - technicznej wykonania co najmniej dwóch okien, z których jedno musi być wyjściem awaryjnym. Przystępujący złożył wraz z ofertą

dokumenty nr 1, 2, 3, 4 (str. 38, 39, 40, 41 i 42) - na rysunkach w każdej ze ścian bocznych części wyposażeniowo - technicznej występuje po jednym oknie.

Ustalono, że w rozdziale II część IV, punkt 6.8 (str. 53 SIWZ) zamawiający wymagał do przewietrzania części wyposażeniowo - technicznej zastosowania szyberdachów. Przystępujący złożył wraz z ofertą dokumenty nr 1 (str. odp. 39 i 40) - na rysunkach tramwaju w dachu części wyposażeniowo - technicznej nie występują szyberdachy.

Ustalono, że w rozdziale II Część IV, punkt 7.9 (str. 56 SIWZ) zamawiający wymagał, aby kabinę motorniczego wyposażyć w okna przesuwne. Przystępujący złożył wraz z ofertą dokumenty nr 1, 2, 3, 4 (str. odp. 38, 39, 40, 41 i 42) - na rysunkach tramwaju w żadnej z dwóch kabin motorniczego nie występują okna przesuwne.

W rozdziale II część V, punkt 12 (str. 67 SIWZ) - zamawiający wymagał, aby przyczepa krótka posiadała dodatkowe oświetlenie pola wysypywanego ładunku załączanego przez obsługę, stosownie do potrzeb. Przystępujący złożył wraz z ofertą dokument nr 10 (str. 50 i 51) - dodatkowe oświetlenie pola wysypywanego ładunku nie występuje na rysunku przyczepy krótkiej.

W rozdziale II część I, punkt 20 (str. 26 SIWZ) zamawiający wymagał, aby tramwaj i przyczepy odpowiadały warunkom technicznym określonym (między innymi) w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U. Nr 65, poz. 344) - Rozdział 7 - Światła zewnętrzne. Przystępujący złożył wraz z ofertą dokumenty nr 6 i 10 (str. odp. 44 i 45 oraz 50 i 51) - światła zewnętrzne nie występują na rysunku przyczepy długiej i krótkiej.

W rozdziale II Część VI, punkt 20 (str. 70) zamawiający wymagał, aby przyczepa długa posiadała dodatkowe oświetlenie pola pracy załączanego przez obsługę, stosownie do potrzeb. Przystępujący złożył wraz z ofertą dokument nr 6 (str. 44 i 45) - dodatkowe oświetlenie pola pracy nie występuje na rysunku przyczepy długiej.

Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie, że oferowane tramwaje spełniają wszystkie wymagania zawarte w rozdziale II SIWZ.

Zarzuty nie są zasadne.

Odwołujący, po dokonaniu analizy rysunków załączonych do oferty przystępującego, kwestionował niezamieszczenie na nich niektórych szczegółów w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych wymaganych przez zamawiającego, takich jak: układ hamulcowy przyczep, układ piaskowania, okna wyjaśnia awaryjnego, szyberdachy, okna przesuwne w kabinie motorniczego, oświetlenie pola wysypywanego ładunku, światła zewnętrzne. Z powyższego wywodził, że elementy te nie zostały zaoferowane, co czyni ofertę niezgodną z treścią SIWZ.

Izba stwierdziła, że na ww. rysunkach znajdujących się w ofercie przystępującego faktycznie takich elementów nie pokazano. Nie potwierdziło się natomiast stanowisko odwołującego, jakoby na rysunkach występowały niezidentyfikowane przerwania osi zestawów kołowych. Na rozprawie okazano Izbie oryginał oferty przystępującego w szczególności rys. nr 9 znajdujący się na stronie 49 oferty, na którym nie stwierdzono takich przerwań. Powyższe przerwania wystąpiły jedynie na niedokładnych skanach oferty przystępującego przesłanych odwołującemu.

Izba stwierdziła, że odwołujący dokonał analizy rysunków z oferty przystępującego bez uwzględnienia ich charakteru oraz celu dla którego miały być one składane w postępowaniu. Podkreślić należy, że zamawiający w pkt 10.7 żądał jedynie przedstawienia wizerunków poglądowych, bądź też widoków. Pojęcia „widok” czy „rysunek poglądowy” nie są pojęciami uregulowanymi normatywnie. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie sprecyzował również, aby na rysunkach miały się znajdować szczegóły na które powoływał się odwołujący. W braku wskazówek co do wymaganej szczegółowości, przystępujący mógł uznać za konieczne do zaprezentowania na rysunkach literalnie jedynie takich elementów, na jakie wprost wskazał zamawiający iż mają być zaprezentowane, tj. np. podstawowe wymiary przy wizerunku poglądowym tramwaju – dok. nr 1, przy wizerunku przyczepy krótkiej i długiej (dok. nr 6 i 10). Na konieczność takiej interpretacji rysunków wskazywała również okoliczność, iż wykonawca dopiero po zawarciu umowy będzie przygotowywał dokumentację techniczną, zaś szczegóły konstrukcji będą dopiero uzgadniane z zamawiającym (por. pkt 6.5. str. 51 SIWZ).

Stąd też nieujęcie na rysunkach niektórych szczegółów przedmiotu zamówienia nie świadczy o tym, że te elementy nie zostały zaoferowane. W tej sytuacji za wiążące należało uznać ogólne oświadczenie wykonawcy, który zobowiązał się do dostarczenia tramwajów odpowiadających wymogom określonym przez zamawiającego w rozdziale II SIWZ.

#### *4. Zarzut dotyczący niezgodności oferty przystępującego z odpowiedzią nr 13 zamawiającego z 17 czerwca 2014 r.*

Ustalono, że w dniu 17 czerwca 2014 r. zamawiający udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą *z uwagi na pracę żurawia w sąsiedztwie górnej sieci trakcyjnej, dopuszczalna maksymalna wysokość uniesienia ramienia żurawia to 3,7 m liczone od pgs. Zamawiający wymaga zastosowania takich rozwiązań technicznych żurawia, aby zapewnić możliwie dużą wysokość użyteczną podnoszenia.* W pkt 10.7 ppkt 2 SIWZ zamawiający przewidział, iż do oferty należy załączyć dokument nr 8 – rysunek obrazujący pole pracy żurawia.

Przystępujący złożył wraz z ofertą rysunek nr 8, na którym przedstawił pełne możliwości żurawia (podnoszenie do wysokości 14 m). Na rysunku tym obszar pracy żurawia, zawierający się w rozmiarze 3,7 m od pgs został wyróżniony poprzez pogrubienie. Złożył również rysunek przyczepy długiej - dokument nr 6 (str. 44) - żuraw w stanie spoczynku, na którym nie podano wymiaru wysokości zabudowanego żurawia.

Zarzut nie jest zasadny.

Uszło uwadze odwołującego, że rysunek 8 przedstawiał żuraw przed zabudową. Rysunek ten nie potwierdza, jakoby intencją wykonawcy było to, iż po zabudowie żuraw miałby pracować poza obszarem 3,7 m od pgs. Przystępujący w piśmie procesowym wskazał, że żuraw będzie posiadał odpowiednie, proste i stosowanie rutynowo zabezpieczenie wysokości podnoszenia. Na konieczność takiej interpretacji rysunku wskazuje fakt, że na rysunku tym obszar zawierający się w wymiarze 3,7 m od pgs został narysowany w sposób pogrubiony. Z kolei z rysunku nr 6, obrazującym jego zabudowę na pojeździe, nie podano wymiaru pracy żurawia.

Dostrzeżenia wymaga, że na rysunku odwołującego na str. 52 oferty zaznaczono żuraw, który – przy braku odpowiedniego zabezpieczenia - może być również uniesiony na wysokość ponad 3,7 m od pgs. Gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego przy analizie rysunku, również jego oferta powinna zostać odrzucona z analogicznych powodów, jak wskazywane w odwołaniu.

#### *5. Zarzut dotyczący niezgodności oferty przystępującego z rozdziałem II część VI, punkt 13 SIWZ*

Ustalono, że w rozdziale II część VI, punkt 13 Zamawiający wymagał, aby przyczepa długa była przystosowana do samodzielnego załadunku i rozładunku przewożonego ładunku. W tym celu musi być wyposażona w posadowiony w środkowej jej części przy

jednym z jej boków żuraw o udźwigu co najmniej 14t/m i wysięgu co najmniej 8 m o zakresie pracy n360°.

W pkt 10.7 ppkt 2 SIWZ zamawiający przewidział, iż do oferty należy załączyć dokument nr 8 – rysunek obrazujący pole pracy żurawia.

Przystępujący złożył wraz z ofertą rysunek nr 8, na którym przedstawił iż:

- a) na wysięgu 2,50 m żuraw unosi 5200 kg,
- b) na wysięgu 4,50 m żuraw unosi 3435 kg,
- c) na wysięgu 6,35 m żuraw unosi 2345 kg,
- d) na wysięgu 8,30 m żuraw unosi 1740 kg,
- e) na wysięgu 10,35 m żuraw unosi 1380 kg.

Zarzut nie jest zasadny.

Odwołujący wywodził w odwołaniu, że przedstawione przez przystępującego parametry żurawia zabudowanego na przyczepie długiej nie spełniają w części zakresu wymaganego przez zamawiającego udźwigu, tj. 14 t/m - dotyczy to sytuacji gdy na wysięgu 2,50 m żuraw winien unosić co najmniej 5600 kg, a według dokumentu unosi 5200 kg.

Stanowisko odwołującego odnośnie interpretacji postanowienia SIWZ nie jest zasadne. Uważał on, że parametr udźwigu powinien być spełniony przy każdym wysięgu. Jednakże, wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający nie wskazał w SIWZ aby należało osiągnąć udźwig na poziomie 14 t/m przy każdym wysięgu. Jak wynikało z przywołanego postanowienia SIWZ, zamawiającego interesował udźwig na poziomie 14 t/m i wysięgu 8 m. Analiza rysunku nr 8 prowadziła zaś do wniosku, że przy wysięgu 8 m udźwig przewyższał 14 t/m, czego odwołujący nie kwestionował. Zatem oferta przystępującego odpowiadała treści SIWZ.

Wobec uznania przez Izbę za niezasadne zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia oferty przystępującego, która była ofertą najtańszą Izba uznała, że zamawiający wybierając ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe musiało skutkować oddaleniem odwołania, gdyż wynik postępowania ustalony przez zamawiającego (tj. wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej) okazał się prawidłowy. Zgodnie zaś z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Konsekwencją zaś oddalenia wszystkich zarzutów odwołania było uznanie, że zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Poprzez wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiający nie mógł naruszyć art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Powołany przez odwołującego przepis stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia następuje z chwilą podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, co na moment wyrokowania nie nastąpiło. Zatem zamawiający nie mógł naruszyć przywoływanego przepisu.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....