

WYROK
z dnia 30 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 5 i 16 grudnia 2016 r. oraz 3, 16, 17 i 24 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A w Krakowie z siedzibą w Krakowie,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako: **Konsorcjum firm: 1. Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, 2. Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie - Osiedle,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **Skoda Transportsion a.s z siedzibą w Pilźnie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Miejskiemu Przedsiębiorstwu Komunikacyjnemu S.A w Krakowie z siedzibą w Krakowie unieważnienie czynności: wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** oraz czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, a w konsekwencji nakazuje przywrócenie do postępowania wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy,**

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A w Krakowie z siedzibą w Krakowie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A w Krakowie z siedzibą w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** kwotę **23 294 zł 54 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dwieście dziewięćdziesiąt cztery złote, pięćdziesiąt cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania, uiszczenia opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A w Krakowie z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający” lub „MPK”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą” lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 sierpnia 2016 r. pod numerem: 2016/S157-285059.

W dniu 10 listopada 2016 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, zawiadomił wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący” lub „Pesa”), o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W dniu 21 listopada 2016 r. wykonawca Pesa wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Pesa z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Zamawiającego.

Wykonawca Pesa zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, polegające na: jego niezastosowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający, wedle dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp, zobowiązany był a nie uprawniony do wezwania Pesa do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, ze względu na fakt, że złożony wraz z ofertą jednolity europejski dokumenty zamówienia (dalej: „JEDZ”) był niekompletny: niewłaściwej wykładni przepisu przez bezprawne

uznanie, że w przedmiotowej sprawie zachodzi możliwość odstąpienia od wzywania do uzupełnienia wymaganych w postępowaniu dokumentów, podczas gdy zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp taka sytuacja występuje jedynie wówczas, gdyby mimo złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania, co w przedmiotowej sprawie nie zachodzi;

2. art. 24aa ust. 1 Pzp w zw. z pkt XIII.20 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) oraz w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego dokonania czynności, określonych w przywołanych regulacjach, tj. zaniechania zbadania, czy Pesa, której oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu i poprzestanie na bezpodstawnym przyjęciu przez Zamawiającego tezy z góry założonej o wystąpieniu w odniesieniu do Pesa przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp;
3. art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp, przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Pesa podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
4. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1a Pzp, polegające na nieprawidłowym przeprowadzeniu czynności i w konsekwencji nieprawidłowym uzasadnieniu podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia Pesa z postępowania oraz odrzucenia oferty Pesa, przez niewykazanie istnienia podstaw do wykluczenia, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w sytuacji, gdy ciężar wykazania takich okoliczności spoczywa na Zamawiającym;
5. art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz przepisami powołanymi powyżej, przez niezasadne zastosowanie odrzucenia oferty Pesa na skutek co najmniej przedwczesnego, a także bezzasadnego uznania Pesa za wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Odwołujący wskazywał, że zakres zaskarżenia obejmuje czynność i zaniechania Zamawiającego według Informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni. Odwołujący wskazywał, że przywołane powyżej przepisy nie są wyłączne, tj. zakres zaskarżenia obejmuje wszelkie regulacje ustawy, które bezpośrednio lub pośrednio wynikają z całości odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia Pesa z postępowania i odrzucenia oferty Pesa,
- b) dokonanie wyboru oferty Pesa jako najkorzystniejszej w postępowaniu, po wezwaniu Pesa do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Ponadto Odwołujący wnosił o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przez Izbą, a także podczas rozprawy na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Pesa wyjaśniał, że Zamawiający w dniu 17 sierpnia 2016 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych”. Pierwotny termin na składanie ofert został wyznaczony na dzień 10 października 2016 r., jednakże z uwagi na wprowadzone zmiany do SIWZ, został on ostatecznie ustalony na dzień 24 października 2016 r.

W ramach tego postępowania zostały złożone 4 oferty, tj. przez Odwołującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako: Konsorcjum firm: 1. Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, 2. Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie – Osiedle (dalej: „Konsorcjum Stadler”), wykonawcy NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu oraz wykonawcy Skoda Transportsion a.s z siedzibą w Pilźnie, (dalej: „Skoda”).

W dniu 10 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. W piśmie dotyczącym wykluczenia z postępowania Zamawiający wskazał, że w toku badania ofert stwierdził, że Pesa nie złożyła wraz z ofertą oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w Postępowaniu wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 - 4 Pzp.

Pomimo powyższych braków formalnych oświadczenia JEDZ, Zamawiający odstąpił od wezwania Pesa do uzupełnienia braków w JEDZ. Uznał bowiem, że oferta Odwołującego, niezależnie od ewentualnego uzupełnienia oświadczenia, podlega odrzuceniu. W uzasadnieniu informacji o wykluczeniu Pesa z postępowania Zamawiający wskazał, że zawarł z Odwołującym umowę o zamówienie publiczne nr RE 14190 z dnia 3 lipca 2014 r., której przedmiotem była „Dostawa trzydziestu sześciu fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych wraz z dostawami i usługami powiązаныmi” – dalej „umowa dostawy”. Termin wykonania powyższej umowy został określony na dzień 15 września 2015 r. Wykonanie dostawy nastąpiło z opóźnieniem, tj. w dniu 30 grudnia 2015 r. W ocenie Zamawiającego, sam fakt powstania opóźnienia i nierzetelny sposób informowania Zamawiającego o stanie realizacji umowy, istniejącym zagrożeniu zwłoki oraz jej powodach stanowi przypadek ciężkiego zawinonego naruszenia przez Odwołującego obowiązków zawodowych.

Zamawiający stwierdził również, że posiada stosowne środki dowodowe, potwierdzające poważne zawinione naruszenie przez Pesa obowiązków zawodowych, jednak w treści informacji o wykluczeniu żadne dowody nie zostały przywołane, omówione ani odniesione do przesłanek wykluczenia.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający z nieznanym Odwołującemu przyczyn stwierdził, że Pesa nie podjęła środków, które byłyby wystarczające do wykazania jej rzetelności, mimo że w wyniku braku wezwania do uzupełnienia JEDZ, Pesa nie miała możliwości złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz dokonania ewentualnego „self-cleaning” na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp. Zamawiający również podał, że pozostaje z Pesa w sporze co do zasadności naliczenia kar umownych. Żadne z wyżej opisanych okoliczności nie zostały poparte przez Zamawiającego żadnymi dowodami.

Zamawiający na tak skonstruowanej podstawie faktycznej poddał w wątpliwość uczciwość Pesa, a tym samym uznał, że nie daje ona gwarancji należytego wykonania zamówienia publicznego.

W konsekwencji wykluczenia Pesa z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

1. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Odwołujący twierdził, że zgodnie z pkt X ust. 3 ppkt 3 (tabeli) SIWZ, składając ofertę, złożył oświadczenie własne JEDZ, które było niekompletne w zakresie części lit. C. Gdyby Zamawiający działał prawidłowo, winien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia treści oświadczenia zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten nie daje Zamawiającemu uprawnienia do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, ale formułuje taki obowiązek. Przepis ten nakazuje, aby Zamawiający wezwał do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień wykonawcę, który nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Z kolei, JEDZ jest dokumentem, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem jest wymieniony w regulacji art. 25a ust. 1 Pzp, a zatem Zamawiający zobligowany był do skorzystania z procedury określonej w tym przepisie.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przypadku "procedury odwróconej" art. 26 ust. 3 Pzp będzie miał zastosowanie w odniesieniu do braku, niekompletności czy błędów dotyczących oświadczenia, o którym mowa art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jedynie do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Tym samym, w sytuacji gdy wykonawca ten do oferty nie dołączył ww. oświadczenia, bądź też złożył oświadczenie, które jest niekompletne lub zawiera błędy, Zamawiający wezwie tego wykonawcę w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia, ale dopiero na etapie, gdy ustalą, która z ofert jest najwyżej oceniona.

Wykonawca Pesa twierdził również, że w postępowaniu nie zostały spełnione okoliczności wyłączające obligatoryjne zastosowanie procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, określonej w art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, Zamawiający może zrezygnować z powyższej procedury w sytuacji, gdy mimo złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne jest unieważnienie postępowania. Niezaprzeczalne jest, że postępowanie o udzielenie przedmiotowego

zamówienia publicznego nie zostało unieważnione, a zatem nie została spełniona jedna z okoliczności uprawniających do rezygnacji przez Zamawiającego z procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty. Nadto w postępowaniu nie została spełniona także przesłanka odstąpienia od wezwania, stwierdzająca, że nie stosuje się tej procedury, jeśli pomimo wezwania oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Dokonując wykluczenia Pesa z postępowania, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający nie mógł zapoznać się z treścią ewentualnego oświadczenia, „self-cleaning” Odwołującego. Taka procedura jest możliwa zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp, a informację w tym zakresie składa się wraz z JEDZ:

Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat.	<input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie
	Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? <input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki (...)

Odwołujący twierdził, że mając na względzie fakt, że JEDZ złożony wraz z ofertą był niepełny i brakowało w nim informacji dotyczących części III.C. Zamawiający nie mógł zapoznać się z oświadczeniem Pesa, dotyczącym ewentualnego poważnego zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych oraz ewentualnym opisem podjętych środków, potwierdzającym jej rzetelność, co na podstawie art. 24 ust. 9 Pzp mogło wyłączać wykluczenie Odwołującego. Tym samym, w związku z brakiem wezwania do uzupełnienia JEDZ, Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny, czy wystąpiły przesłanki do wykluczenia Pesa z postępowania. Zamawiający, w omawianej sprawie, z góry założył, że Odwołujący zostanie wykluczony z postępowania.

W ocenie Odwołującego wykluczenie go z postępowania nastąpiło bezpodstawnie, a uzasadnienie oparte jest wyłącznie na założeniach poczynionych przez Zamawiającego, popartych jedynie jego twierdzeniami, a nie dowodami. Na skutek błędnego przyjęcia, że Pesa podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo braku zbadania okoliczności, dotyczących rzekomego naruszenia obowiązków zawodowych, Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. W

ten sposób Zamawiający wykreował stan rzekomego spełnienia się przesłanki odstąpienia od wezwania. Wystąpił zatem w sprawie pewnego rodzaju paradoks: Zamawiający samodzielnie (bez dowodzenia i bez zapoznania się z oświadczeniem Odwołującego, jak również z treścią ewentualnego „self-cleaning”) uznał, że wie, że Pesa podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, co pozwoliło na odrzucenie oferty i rzekomo uprawniało Zamawiającego do odstąpienia od wezwania do uzupełnienia JEDZ.

Odwołujący wskazywał, że niezastosowanie się do normy prawnej określonej w art. 26 ust. 3 Pzp stanowi także naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców polega między innymi na zakazie preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców. W ocenie Odwołującego brak wezwania do uzupełnienia i wykluczenie z postępowania jest działaniem Zamawiającego zastosowanym z uwagi na powstały spór sądowy powstały w wyniku wcześniej realizowanych dostaw. Odwołujący podkreślał, że nie jest odpowiedzialny za powstałe opóźnienie w realizacji poprzedniej dostawy pojazdów. Jednak Zamawiający, pomijając procedurę wezwania Pesa do uzupełnienia oświadczenia, w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, eliminuje Odwołującego z możliwości uzyskania zamówienia. Takie postępowanie Zamawiającego jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, ponieważ może ono prowadzić - a w tym przypadku bezpośrednio prowadzi - do arbitralnego wyboru wykonawcy w oderwaniu od kryteriów oceny ofert. Jednocześnie, Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do działania zgodnie z zasadą przejrzystości. Zgodnie z utrwalonym poglądem w doktrynie i orzecznictwie zasada ta oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zastosowania, a Zamawiający podejmuje przewidywalne decyzję na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów .

W ocenie Pesa za niezgodne z zasadą przejrzystości należy uznać zatem działanie Zamawiającego, który samowolnie uznaje, że nie ma podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty, w sytuacji, gdy nie jest możliwa ocena, czy Pesa podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie niekompletnego JEDZ.

2. Zarzut naruszenia art. 24aa ust. 1 Pzp w zw. z pkt. XIII.20 specyfikacji oraz w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 8 i 9 Pzp

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z treścią art. 24 aa ust. 1 Pzp, Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zdaniem Pesa istotne w tym zakresie jest określenie „zbadać” użyte w tym przepisie. Zgodnie z definicją słownikową słowa „badać”, oznacza ono sprawdzenie czegoś, ustalenie. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien dokonać takich czynności, aby możliwa była rzeczywista ocena, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu. W stosunku do oferty Pesa, Zamawiający nie zastosował takiego działania, a jedynie a priori stwierdził, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Tymczasem Zamawiający powinien był, w celu należytego zbadania, czy Pesa nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, wezwać ją do uzupełnienia brakujących oświadczeń zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

W związku z niewykonaniem takich czynności, w opinii Odwołującego należy stwierdzić, że Zamawiający nie zbadał powyższych okoliczności, a tym samym naruszył przepis art. 24 aa ust. 1 Pzp. Co ważne - nawet jeśli istnieje między stronami spór dotyczący kwestii osadzonych w reżimie kontraktowym, co do którego strony wymieniły liczną korespondencję, a nawet pisma procesowe - to ocena tych samych zdarzeń w ujęciu przesłanek art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp może, a w wielu przypadkach będzie odmienna. To samo zdarzenie (opóźnienie w wykonaniu umowy) może być spowodowane albo zawinionym działaniem wykonawcy, albo okolicznościami od niego niezależnymi. Zatem - w zależności od regulacji kontraktowych - może rodzić odpowiedzialność w tym reżimie, ale nie spełniać hipotezy wykluczenia w regulacji Pzp. Zdaniem Pesa niesłuszne jest zatem takie założenie, jakie czyni Zamawiający w przedmiotowej sprawie, że istniejący między stronami spór cywilny, dotyczący kar za opóźnienie w realizacji wcześniejszego zamówienia, przesądza automatycznie o powstaniu przesłanek wykluczenia na gruncie Pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp - fakultatywna przesłanka wykluczenia oraz w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, art. 92 ust. 1 a Pzp

W pierwszej kolejności Odwołujący twierdził, że nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. W przedmiotowej sprawie, zdaniem Pesa, Zamawiający nie wykazał, by doszło do zawinonego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez Pesa.

Odwołujący wskazywał, że dla zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp niezbędne jest przypisanie wykonawcy co najmniej winy nieumyślnej za popełnienie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 maja 2015 r. (KIO 793/15), w którym stwierdziła, że „koniecznym jest - w świetle art. 24 ust. 2a Pzp - wykazanie przez Zamawiającego, że niewykonanie zamówienia przez wykonawcę było zawinione.

Ponadto, w ocenie Pesa, należy zauważyć, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia nie jest wystarczające wykazanie zwykłej postaci winy. Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, w takim przypadku wymagane jest - dla ziszczenia się przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazanych w powołanym przepisie - wykazanie winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa.

Z kolei, odnosząc się do kolejnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp - poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, należy w tym miejscu powołać się na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku o sygn. C- 465/11 (Forposta) Trybunał orzekł że: „Pojęcie „poważnego wykroczenia” zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) 2004/18/WE

w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca”.

Odwołujący twierdził, że w jego przypadku nie ziszcza się żadna z wyżej wymienionych przesłanek.

Wykonawca Pesa wyjaśniał, że podczas wykonywania umowy dostawy, realizowanej na rzecz Zamawiającego nie doszło do zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Pomimo że dostawy odbyły się z opóźnieniem, winy kwalifikowanej za to opóźnienie nie ponosi Pesa. Opóźnienie spowodowane było przez czynniki, za wystąpienie których Odwołujący nie ponosi odpowiedzialności, w tym także przez działania Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego stanowisko prezentowane przez Zamawiającego jest błędne i zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp prowadzi do akceptacji sytuacji, w której opinia Zamawiającego, dotycząca sposobu wykonania poprzedniego zamówienia przez danego wykonawcę jest wystarczająca dla wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, niezależnie od okoliczności faktycznych sprawy, jak również ewentualnych środków podjętych przez tego wykonawcę w celu wykazania jego rzetelności.

Zdaniem Pesa sytuacja wykonawcy, który zrealizował już zamówienie na rzecz tego Zamawiającego byłaby więc nieporównywalnie gorsza od sytuacji pozostałych wykonawców, ponieważ każdy spór z Zamawiającym osadzony w reżimie kontraktowym, powodowałby automatyczne ziszczenie się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Skoro bowiem, zdaniem Zamawiającego

wyrażonym w Informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania z dnia 10 listopada 2016 r., pozostawanie w sporze z Zamawiającym co do naliczenia kar umownych świadczy o nierzetelności tego wykonawcy, to wykonawcy powinni rezygnować z wnoszenia środków przewidzianych prawem, zmierzających do zabezpieczenia ich interesów, związanych z realizacją poprzednich zamówień, pod groźbą wykluczenia z kolejnych postępowań.

W przypadku dopuszczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodów Zamawiającego o rzekomym istnieniu okoliczności potwierdzających spełnienie przesłanek do wykluczenia Pesa z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, Odwołujący twierdził, że przedstawi na rozprawie stosowne dowody, wykazujące, że w ramach wykonywania przez Pesa umowy dostawy, nie doszło do zawinonego rażącego naruszenia obowiązków zawodowych.

Następnie Pesa przedstawiła następujące przyczyny powstania opóźnienia w dostawie:

- po pierwsze umowa dostawy pomiędzy Zamawiającym a Pesa została zawarta prawie 7 miesięcy po otrzymaniu przez Pesa zawiadomienia o wyborze jej oferty jako najkorzystniejszej;
- po drugie przyczyniła się do tego również siła wyższa, czyli anormalne warunki pogodowe, które występowały w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia, a także czynności zwane łącznie decyzjami politycznymi, stanowiącymi zdarzenia odpowiadającym charakterowi sile wyższej;
- w ostatniej kolejności niezdecydowanie i liczne zmiany wymagane przez Zamawiającego, zgłaszane już w trakcie wykonywania umowy.

Odwołujący, odnosząc się wprost do twierdzeń Zamawiającego, przywołanych w uzasadnieniu informacji o wykonawcach wykluczonych, wskazywał:

Zamawiający stwierdził, że już sam fakt opóźnienia stanowi przypadek ciężkiego zawinonego naruszenia obowiązków zawodowych. Zdaniem Pesa z takim stwierdzeniem na podstawie wyżej wymienionych orzeczeń KIO, a przede wszystkich orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, nie sposób się zgodzić. Podkreślić należy, że opóźnienie nie jest w żaden sposób związane z intencją Odwołującego. Opóźnienie w wykonaniu umowy dostawy nie oznacza istnienia winy

Odwołującego. W związku z powyższym, nie została wykazana przez Zamawiającego już pierwsza przesłanka wykluczenia Pesa z postępowania.

W ocenie Pesa nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący w sposób nierzetelny informował o terminowości wykonania zamówienia. W pierwszej kolejności istotne jest, że Zamawiający w uzasadnieniu informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, nie podał żadnych faktów ani dowodów potwierdzających, że Pesa w sposób nierzetelny informowała o terminowości wykonania umowy. Co więcej, Zamawiający nie podał nawet o jaką korespondencję chodzi (daty, numery pism). W związku z powyższym, bez konkretnego odniesienia się do faktów związanych z realizacją umowy dostawy, nie jest możliwe ustosunkowanie się do takiego zarzutu Zamawiającego.

Odwołujący z ostrożności wskazywał, że zarówno sama umowa dostawy, jak i późniejsze ustalenia pozaumowne, dawały Zamawiającemu daleko idącą kontrolę procesu produkcji tramwajów. Pesa, rozumiejąc zaniepokojenie Zamawiającego, wykazała maksymalną otwartość i wyraziła zgodę na stałą obecność jego specjalistów, którzy codziennie monitorowali stan realizacji projektu. Pesa zapraszała przedstawicieli Zamawiającego na odbiory częściowe pojazdów, którzy jednak nie zawsze korzystali z prawa uczestniczenia w tych odbiorach, oraz przesyłała na bieżąco aktualizowane harmonogramy realizacji umowy.

Pesa stwierdziła, że wprost z przepisu przywołanego jako podstawa wykluczenia wynika, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania spełnienia przesłanek wykluczenia. Zamawiający może udowodnić wystąpienie naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę za pomocą stosownych środków dowodowych. Zamawiający jest zobligowany także w zawiadomieniu o wykluczeniu, do przedstawienia, jakie dowody potwierdzają że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie, Zamawiający w informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów, dających podstawę do wykluczenia Pesa z postępowania. Zamawiający oparł swoją decyzję o nieuzasadnione twierdzenia, które nie zostały potwierdzone żadnymi dowodami. Podkreślić należy, że obowiązkiem Zamawiającego było uzasadnienie podstaw do wykluczenia wraz z podaniem dowodów, które prezentowane tezy potwierdzają co powinno nastąpić najpóźniej w dacie

wykluczenia. Zamawiający nie sprostął temu obowiązkowi. W związku z powyższym, Zamawiający nie posiada uprawnień do odwoływania się do innych dowodów niż zamieszczonych w informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni. Konkretyzacja swojego stanowiska na etapie postępowania odwoławczego powinna zostać uznana za spóźnioną.

Podsumowując uzasadnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, w ocenie Odwoływającego należy podkreślić, że w postępowaniu nie zostały spełnione przesłanki do wykluczenia Pesa. Istotne, jest, że:

- Zamawiający w żaden sposób nie wykazał istnienia podstaw do wykluczenia Odwoływającego. W sposób lakoniczny w uzasadnieniu informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni zostało określone, że „Zamawiający jest w stanie udowodnić za pomocą stosownych środków”. Takie sformułowanie zdaniem Odwoływającego jest niewystarczające w przypadku wykluczania wykonawcy z postępowania. Zamawiający nie może dokonać takiej czynności jedynie o własne przekonanie w żaden sposób nieudowodnione. Konieczne jest szczegółowe uzasadnienie swojego stanowiska i wykazanie jego słuszności. Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że Pesa podlega wykluczeniu z postępowania;
- nie istnieją okoliczności potwierdzające, że Pesa podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Odwoływający wskazał przyczyny powstałego opóźnienia w realizacji poprzedniego zamówienia, z których wynika, że jej działaniu nie można przypisać jakiegokolwiek winy, w tym w szczególności winy umyślnej albo rażącego niedbalstwa. Zatem, nie ziszcili się przesłanki uprawniające Zamawiającego do wykluczenia Pesa z postępowania;
- Zamawiający niesłusznie i bezpodstawnie założył, że ze względu na spór toczący się pomiędzy nim a Pesa w związku z realizacją poprzedniego zamówienia Pesa niejako automatycznie podlega wykluczeniu z innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego. Jest to działanie mające na celu jedynie realizację strategii procesowej przyjętej na potrzeby postępowania sądowego i pozostaje w sprzeczności z regulacjami prawa zamówień publicznych.

Z uwagi na to, że przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp mają element ocenny, z ostrożności procesowej Pesa przedstawiła okoliczności, które stanowią, takie czynniki, jak wskazane w art. 24 ust. 8 Pzp.

Pesa oświadczyła, że zawarte w części odwołania informacje, fakty i przywołane dowody stanowią wyłącznie wyraz dbałości Pesa o jej interesy prawne w postaci pełnego zaprezentowania sytuacji na potrzeby postępowania. Żadne oświadczenie Pesa nie stanowi przyznania odpowiedzialności Pesa za opóźnienia w dostawie pojazdów i nie może być wykorzystywane przeciwko Pesa ani w postępowaniu przez Izbą ani w procedurze cywilnej. Pesa, jako profesjonalista wyłącznie celem wykazania swojej rzetelności, niezależnie od tego, iż stoi na stanowisku, że nie doszło do spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, zdecydowała się złożyć dodatkowe wyjaśnienia.

Odwołujący twierdził, że po każdym zrealizowanym projekcie Pesa dokonuje weryfikacji zadania i podejmuje środki, mające na celu ulepszenia jakości przyszłych realizowanych projektów. W szczególności podejmuje wszelkie działania, aby zapobiec w przyszłości sytuacjom zaistniałym przy realizacji danego projektu, takim jak opóźnienia. Dzięki takiej weryfikacji Pesa wykrywa co można poprawić lub udoskonalić, aby w przyszłości realizacja umów przebiegała w sposób niezakłócony oraz stara się wprowadzać rozwiązania, które pozwolą na zapobieżenie opóźnieniom w dostawach.

Odwołujący wskazywał, że w latach 2015-2016 Pesa podjęła szereg działań i wprowadziła różnego rodzaju środki, które potwierdzają rzetelność Pesa jako wykonawcy i których celem jest optymalizacja realizacji projektów i umów. W ramach tych działań wdrożono szereg zmian, zarówno sformalizowanych w postaci zarządzeń czy procedur, jak i w formie decyzji kierujących zespołami czy rozmów z pracownikami odpowiedzialnymi za poszczególne obszary działalności Odwołującego. Są to zmiany na wielu poziomach, różnej wagi i z różnych dziedzin, tj. od usprawnienia komunikacji na poziomie brygad i zespołów, poprawienia ergonomii stanowisk pracy, drobnych udogodnień w realizacji zadań, poprzez uczulenie pracowników odpowiedzialnych za nadzór nad realizacją zadań na pojawiające się wcześniej niezgodności, usprawnienia we współpracy pomiędzy zespołami, zmiany

kadrowe, aż po zmiany dotyczące całej spółki. Środki podjęte przez Pesa mogą zostać podzielone na trzy kategorie - środki techniczne, środki organizacyjne oraz środki kadrowe.

W dniu 5 grudnia 2016 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania Zamawiający - w formie pisemnej - złożył odpowiedź na odwołanie.

W treści ww. pisma wskazywał, że nie zgadza się z Odwołującym i wnosił o:

1. oddalenie odwołania,
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według załączonego rachunku.

Ponadto wnosił o dopuszczenie następujących dowodów z zeznań świadków:

1. K. F. - na okoliczność przebiegu realizacji umowy dostawy, w tym ustalenia z Odwołującym harmonogramu - załącznika nr 3 do Umowy Dostawy, procesu uzgadniania rozwiązań projektowych, sposobu realizacji obowiązku informacyjnego - zgłaszania opóźnień w procesie produkcji, okoliczności dokonywania kontroli w trakcie produkcji tramwajów w szczególności organizacji pracy oraz zaopatrzenia materiałowego i narzędziowego, odbiorów, jakości dostarczonych tramwajów;
2. J. T., R. W., S.J., K. N. - na okoliczność przebiegu realizacji umowy dostawy, w tym sposobu prowadzenia prac przy realizacji umowy dostawy w fabryce Odwołującego, procesu uzgadniania rozwiązań projektowych, okoliczności dokonywania kontroli w trakcie produkcji tramwajów, w szczególności organizacji pracy oraz zaopatrzenia materiałowego i narzędziowego, odbiorów, jakości dostarczonych tramwajów;
3. wyjaśnień Zamawiającego;
4. dowodów z dokumentów zawnioskowanych w dalszej części odpowiedzi na odwołanie.

W uzasadnieniu powyższego pisma Zamawiający wskazywał, że odstąpił od wezwania Odwołującego do uzupełniania oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust.1 Pzp na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ niezależnie od tego, jakie oświadczenie Odwołujący złożyłby w formularzu JEDZ, Zamawiający wykluczyłby go na art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w oparciu o posiadaną wiedzę oraz dowody.

Zdaniem MPK zupełnie chybione jest łączenie złożenia lub niezłożenia przez wykonawcę w postępowaniu oświadczenia o zaistnieniu poważnego wykroczenia zawodowego oraz ewentualnych przedsięwziętych środków w celu samooczyszczenia z możliwością wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp z dwóch powodów:

- po pierwsze podstawą wykluczenia nie jest brak oświadczenia wykonawcy o zaistnieniu (bądź nie) poważnego wykroczenia zawodowego,
- po drugie nie jest podstawą do odstąpienia od wykluczenia wykonawcy złożenie oświadczenia o samooczyszczeniu.

W ocenie Zamawiającego oświadczenie, złożone przez wykonawcę nie ma mocy, przesądzającej w kwestii decyzji Zamawiającego o wykluczeniu, ponieważ, aby taką decyzję podjąć, Zamawiający musi mieć wiedzę o podstawach wykluczenia oraz mieć możliwość udowodnienia okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia. Istota tej konkretnej podstawy wykluczenia wyłącza możliwość oparcia się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy (chyba, że wykonawca sam potwierdza zaistnienie podstaw wykluczenia). Gdyby Odwołujący złożył oświadczenie, iż winien jest poważnego wykroczenia zawodowego i nie przedsięwziął lub nawet przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia, Zamawiający i tak podjąłby decyzję o wykluczeniu na podstawie posiadanej przez siebie wiedzy i dowodów. Również przypadku, gdyby Odwołujący złożył oświadczenie, iż nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, Zamawiający podjąłby taką samą decyzję.

Zamawiający twierdził, że zbadał, czy istnieją podstawy wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i ustalił, że podstawy takie istnieją. W opinii MPK podstawy wykluczenia z art. 25 ust. 5 pkt 2 Pzp dotyczą okoliczności istniejących poza przetargiem, toteż ich zbadanie i ustalenie również siłą rzeczy musi odnosić się do faktów i dowodów istniejących poza przetargiem. Wyjątkiem jest sytuacja, w której Zamawiający nie ma wiedzy (i dowodów), w ogóle lub wystarczającej, na istnienie podstaw wykluczenia, wówczas takim źródłem

wiedzy może stać się oświadczenie wykonawcy. Nie jest jednak ono konieczne, gdy Zamawiający posiada dostateczną wiedzę i dowody do wykluczenia. W takiej sytuacji przedłużanie procedury poprzez wzywianie do złożenia oświadczenia jest zbędne i z tego właśnie powodu ustawodawca przewidział w art. 26 ust. 3 Pzp, możliwość odstąpienia od wezwania, jeśli nie ma to wpływu na decyzję Zamawiającego i oferta i tak podlegać będzie odrzuceniu.

Zamawiający przyznawał, że spór dotyczący kwestii osadzonych w reżimie kontraktowym nie musi przesądzać o zaistnieniu przesłanek wykluczenia. O wykluczeniu nie przesądza bowiem zaistnienie samego sporu. Decydujące znaczenie ma to, czy podstawą zaistniałego sporu jest przypadek nierzetelności, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zamawiający twierdził natomiast sam spór może przesądzać o braku „samooczyszczenia” po stronie wykonawcy, istnienie sporu co do odpowiedzialności wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy wyklucza jednocześnie możliwość przyjęcia, iż zadośćuczynił on lub naprawił powstałą szkodę.

W opinii Zamawiającego, należy odnieść się do zarzutu braku wiedzy Zamawiającego o zastosowaniu przez Odwołującego środków „self-cleaning”, co według Odwołującego jest warunkiem zastosowania procedury odstąpienia od wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp i ponownie należy zarzucić niezasadność przytoczonej w odwołaniu argumentacji.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

W myśl art. 24 ust. 9 Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Zdaniem Zamawiającego z powyższego wynika, odstąpienie od wykluczenia dotyczy wyłącznie wykonawcy, który:

- 1) jest winien poważnego wykroczenia zawodowego,
- 2) podjął środki wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności naprawił szkodę oraz podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy,
- 3) udowodnił powyższe okoliczności.

MPK wyjaśniało, że decyzję o odstąpieniu od wykluczenia Zamawiający podejmuje dopiero, gdy stwierdzi, że przedstawione przez wykonawcę dowody są wystarczające do tego, aby ze względu na wagę i szczególne okoliczności czynu uznać, że wykonawca wykazał swoją rzetelność. Decydujące do odstąpienia od wykluczenia jest więc złożenie przez wykonawcę dowodów wykazujących samooczyszczenie wykonawcy a nie jego oświadczenie złożone w JEDZ.

Zamawiający wskazywał, że niezależnie od tego, co wykonawca oświadczył w JEDZ, ustawa nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawiania dowodów na wykazanie swojej rzetelności. Ustawa daje wykonawcy taką możliwość. Inicjatywa w tym zakresie winna leżeć po stronie wykonawcy. Ustawa nie nakłada też na Zamawiającego obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia tych dowodów. Art. 26 ust. 3 Pzp nie ma bowiem zastosowania do dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp. Nie ma również żadnego innego szczególnego przepisu, który nakładałby taki obowiązek na Zamawiającego. Zdaniem MPK ustawodawca w sposób wyraźny ograniczył obowiązek Zamawiającego do zapewnienia wykonawcy, przed jego wykluczeniem, możliwości udowodnienia braku podstaw wykluczenia do przypadków, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. W pozostałych przypadkach wykluczenia ustawa takiego obowiązku na Zamawiającego nie nakłada.

Zamawiający zwracał uwagę, że niezależnie od braku obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia dowodów, instytucja „self-cleaningu” dotyczy wyłącznie wykonawców, którzy w sposób zawiniony naruszyli obowiązki zawodowe. Warunkiem koniecznym do uznania, że wykonawca wdrożył jakiegokolwiek środki naprawcze (abstrahując od oceny, czy są one wystarczające) jest uprzednie uznanie przez niego, że do doszło do zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych. Wykonawca, który kwestionuje istnienie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nie jest władny udowodnić, że wdrożył środki samooczyszczenia.

Zamawiający twierdził, że posiada wiedzę nie tylko o tym, że zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z powodu nierzetelności, ale również że Odwołujący kwestionuje jakiegokolwiek zawinienie po swojej stronie, usiłując w ten sposób uniknąć odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy, którego się dopuścił. W związku z tym, że przypadek nierzetelnego zachowania Odwołującego jako kontrahenta dotyczy umowy zawartej z Zamawiającym, Zamawiający posiada najlepszą wiedzę na temat zarówno samego przypadku nierzetelności, jak i odmowy uznania przez Odwołującego swojej winy.

W tym miejscu Zamawiający wskazywał, że Odwołujący kwestionuje swoją nierzetelność i odmawia zadośćuczynienia Zamawiającemu poprzez:

- 1) odmowę zapłaty kar umownych,
- 2) złożenie dwóch wniosków do sądu o wstrzymanie możliwości skorzystania przez Zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) złożenie do arbitrażu pozwu o zwrot części należnych kar umownych, które Zamawiający uzyskał z gwarancji stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
- 4) odmowę zapłaty pozostałej części kar, co stało się powodem złożenia przez Zamawiającego pozwu do sądu powszechnego o zapłatę,
- 5) złożenie formularza JEDZ w przetargu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Spółka z o.o. pod nazwą „Dostawa wraz z serwisem gwarancyjnym tramwajów niskopodłogowych" (AL. 311/2016), którym Odwołujący oświadczył, że nie jest winien poważnego wykroczenia przeciwko obowiązkowi zawodowemu.

Zamawiający wskazywał, że żaden z wniosków o zabezpieczenie roszczenia nie został uwzględniony. Sprawy zainicjowane pozwami są w toku.

Następnie Zamawiający wyjaśniał, że wykluczenie z powodu nierzetelności stanowi specyficzną podstawę wykluczenia, która z jednej strony wymaga od Zamawiającego inicjatywy w wykazaniu za pomocą stosownych środków dowodowych podstawy faktycznej wykluczenia, natomiast od wykonawcy, który chce uniknąć wykluczenia, uznania swej winy i wdrożenia środków wykazujących jego

rzetelność oraz inicjatywy w takim przedstawieniu Zamawiającemu dowodów swojej rzetelności, które następnie pozwolą Zamawiającemu odstąpić od wykluczenia.

Zdaniem MPK nie budzi wątpliwości, że w przypadku procedury „self-cleaningu” to od wykonawcy należy oczekiwać dołożenia należytej staranności w udowodnieniu w trakcie postępowania, że zostały przez niego wdrożone odpowiednie środki. Nie jest uzasadnione oczekiwanie i nie znajduje potwierdzenia w ustawie ani w zasadach ogólnych ani w szczegółowych regulacjach, że to Zamawiający ma wzywać wykonawcę do złożenia dowodów na wdrożenie przez niego właściwych środków w ramach samooczyszczenia. Jako zaprzeczenie rzetelności należy ocenić działania wykonawcy, który świadomie pomija w JEDZ część dotyczącą oświadczenia, co do zaistnienia przypadku zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i nie przedstawia żadnych dowodów na potwierdzenie swojej rzetelności w kontekście pełnej wiedzy co do stanu faktycznego, dotyczącego zarówno okoliczności nienależytego wykonania umowy jak i stanowiska zamawiającego w tej kwestii.

Zdaniem Zamawiającego nie jest nie tylko rzetelnym, ale również logicznym działaniem Odwołującego zarzucanie w odwołaniu zaniechania przez Zamawiającego możliwości poznania wdrożonych przez Odwołującego procedur naprawczych i jednocześnie zaprzeczanie, że doszło do jakiegokolwiek przypadku braku rzetelności po stronie Odwołującego. Jest oczywistym, że procedury przewidziane w ustawie służą określonym rzeczywistym celom i ich stosowanie nie może być przejawem wyłącznie czystego formalizmu.

Zamawiający twierdził, że jeśli więc Zamawiający w dacie podejmowania decyzji o podstawach wykluczenia posiada wiedzę i stosowne dowody, to nie jest zobowiązany wzywać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, ponieważ możliwość taką przewiduje art. 26 ust. 3 Pzp. To Zamawiający poniesie konsekwencje swojej decyzji, jeśli nie uda mu się udowodnić jej zasadności. Analogicznie, wykonawca, podejmując świadomą decyzję o nieskładaniu w postępowaniu, pomimo istnienia takiej możliwości, dowodów na wykazanie swojej rzetelności, wiedząc, że Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy w przypadku określonym w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, powinien ponieść konsekwencje swojej decyzji w postaci utraty możliwości domagania się odstąpienia od wykluczenia.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu zaniechania wskazania w informacji o wykluczeniu dowodów na okoliczność istnienia podstaw wykluczenia, wskazywał, że żaden przepis ustawy nie nakazuje Zamawiającemu wskazywania w uzasadnieniu faktycznym dowodów, na których oparł swoją decyzję. Postępowanie dowodowe ma miejsce dopiero w postępowaniu odwoławczym, w którym zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcia twierdzeń strony przeciwnej mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W żadnym miejscu ustawa nie wprowadza prekluzji dla zgłaszania dowodów na poparcie twierdzeń strony postępowania odwoławczego, w tym wypadku - twierdzeń Zamawiającego na poparcie podstaw wykluczenia.

Z ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Izbę, że zgłoszony w odwołaniu zarzut dotyczy również nieprawidłowości uzasadnienia podstawy faktycznej samego wykluczenia - czemu Zamawiający przeczy - Zamawiający podnosił, że również taki zarzut nie znajduje uzasadnienia.

Odwoływał się do treści art. 92 ust. 1 Pzp wskazując, że przepis nie precyzuje jaki ma być stopień szczegółowości uzasadnienia, w tym jakie szczegółowe elementy ma ono zawierać. Tym samym ustawodawca pozostawił do uznania Zamawiającego stopień szczegółowości uzasadnienia, pod warunkiem, że będzie ono zawierało zarówno podstawę faktyczną jak i prawną.

W ocenie Zamawiającego wskazane w informacji o wykluczeniu okoliczności faktyczne wykluczenia są Odwołującemu doskonale znane. Niesporny jest bowiem nie tylko fakt opóźnienia realizacji umowy dostawy, ale również stanowisko Zamawiającego w kwestii zawinienia Odwołującego. Zdaniem MPK świadczy o tym zarówno naliczenie Odwołującemu kar umownych, ale również bogata korespondencja prowadzona przez strony oraz proces negocjacji ugodowych w formie spotkań przedstawicieli obu stron, podczas których przedstawiane były wzajemnie stanowiska. O szerokiej wiedzy Odwołującego w zakresie podstaw faktycznych wykluczenia świadczy również obszerna treść złożonych przez niego pism procesowych, odnoszących się szczegółowo do całego stanu faktycznego opóźnień w realizacji kontraktu, a przywołanych w odpowiedzi na odwołanie. Jak wynika z powyższego okoliczności faktyczne zarówno dotyczące samego przypadku nienależytego wykonania umowy jak i jego oceny przez Zamawiającego były Odwołującemu znane. Wskazanie podstaw faktycznych wykluczenia nie wymagało

więc szerokiej argumentacji, a raczej wskazania tych znanych wykonawcy obszarów, które stały się podstawą wykluczenia.

Niezależnie od powyższych rozważań, Zamawiający podnosił, że podstawą uwzględnienia odwołania jest tylko takie stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wynika bowiem z art. 192 ust. 2 Pzp ustawodawca zdecydował, że aby odwołanie zostało uwzględnione nie wystarczy wykazanie jakiegokolwiek naruszenia przepisów Pzp, ale konieczne jest udowodnienie wystąpienia naruszenia kwalifikowanego, tj. takiego, które wpływa lub może wpłynąć istotnie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wyjaśniał, że Pesa w odwołaniu zakwestionowała, aby zostały spełnione przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Abstrahując w tym miejscu od wiedzy i dowodów posiadanych przez Zamawiającego, Odwołujący sam potwierdził, że nawet, gdyby Zamawiający wezwał go do uzupełnienia JEDZ, to nie miałoby to żadnego wpływu na wynik postępowania. Kwestionując istnienie przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nie złożyłby żadnych dowodów samooczyszczenia, skoro dowody takie składa tylko wykonawca podlegający wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, czyli takie, wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia (i są przez niego przyznane). Zamawiający na marginesie jedynie wskazywał, że wady JEDZ i wezwanie do jego uzupełnienia nie stanowią przeszkody do złożenia dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego również w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób podane przez Zamawiającego uzasadnienie miałyby zaważyć na wyniku postępowania.

Zamawiający twierdził również, że brak naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wynika z braku naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp wobec czego również ten zarzut należy uznać za bezzasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp Zamawiający twierdził, że zarówno sam fakt zaistnienia opóźnienia, jak również nierzetelny sposób informowania Zamawiającego o stanie realizacji umowy i istniejącym zagrożeniu wystąpienia zwłoki oraz jej powodach stanowi przypadek ciężkiego zawnionego naruszenia przez wykonawcę obowiązków zawodowych.

Zamawiający wskazywał, że w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Dostawa trzydziestu sześciu fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych wraz z dostawami i usługami powiązаныmi” Zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę Odwołującego. W tym samym dniu, tj. 9 grudnia 2013 r., Pesa została poinformowana o wyborze jej oferty oraz o fakcie podlegania zamówienia kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) na podstawie art. 171 ust. 4 Pzp oraz o tym, że do czasu doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej umowa nie może zostać zawarta, o czym wykonawcy byli informowani w punkcie XII.3 specyfikacji.

Ze względu na oczekiwanie na potwierdzenie finansowania zamówienia ze środków pochodzących z Unii Europejskiej, Zamawiający wstrzymywał się z zawarciem umowy dostawy. Zgodnie bowiem z informacją zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu, potwierdzoną także zapisem pkt. 1.14 SIWZ, w przypadku nieuzyskania dofinansowania z funduszy UE, Zamawiający podnosił także, iż miał prawo unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia.

W dniu 30 czerwca 2014 r. Zamawiający zawarł ze Skarbem Państwa - Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie jako Instytucją Wdrażającą umowę nr POIS.07.03-00-00-042/14-00 o dofinansowanie projektu „Poprawa funkcjonowania krakowskiego transportu miejskiego poprzez zakup niskopodłogowego taboru tramwajowego oraz rozbudowę systemu Krakowskiej Karty Miejskiej” (dalej: „Projekt”) w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 (dalej: „Umowa o dofinansowanie”). Zgodnie z § 7 ust. 2 Umowy o dofinansowanie okres kwalifikowalności rozpoczął się w dniu 22.04.2013 r. i kończył się w dniu 31.12.2015 r.

Według § 7 ust. 3 Umowy o dofinansowanie, Zamawiający zobowiązany był zakończyć realizację zakresu rzeczowego Projektu, wynikającego z wniosku o dofinansowanie i Harmonogramu Projektu i Planu Finansowania Projektu w okresie kwalifikowania wydatków oraz przedłożyć wniosek o płatność końcową w terminie do 30 dni po upływie okresu kwalifikowania wydatków. Tym samym realizacja całego Projektu miała zakończyć się w dniu 31 grudnia 2015 r.

Zamawiający wyjaśniał, że z uwagi na powyższe ograniczenia czasowe wynikające z zasad dofinansowania Projektu, konieczne było ustalenie konkretnej daty wykonania zamówienia, stanowiącego komponent nr 2 rzeczowego zakresu Projektu. Ustalenie daty kalendarzowej na dzień 15 września 2015 r. wynikało z

potrzeb związanych z dokonaniem zapłaty za dostawy oraz czasem koniecznym na rozliczenie wydatków w projekcie.

W okresie pomiędzy ogłoszeniem o wyborze oferty a zawarciem umowy o dofinansowanie Zamawiający występował do wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu, w tym Odwołującego, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, licząc się z tym, że jeśli termin realizacji stanie się dla oferentów zbyt krótki, nie przedłużą oni ważności oferty. I tak, w dniu 20 grudnia 2013 r. Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą do dnia 7 lutego 2014 r. Kolejne oświadczenie - z dnia 5 lutego 2014 r. - przedłużało ważność oferty do dnia 7 marca 2014 r. Pismem z dnia 5 marca 2014 r. bez odrębnego wezwania ze strony Zamawiającego - Pesa przedłużyła ważność oferty do dnia 31 marca 2014 r. Pismem z dnia 15 maja 2014 r. Odwołujący przedłużył termin związania ofertą do dnia 30 czerwca 2014 r. a następnie pismem z dnia 26 czerwca 2014 r. - do dnia 8 lipca 2014 r. Pięciokrotnie składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, Odwołujący ani razu nie poinformował Zamawiającego, aby przedłużający się termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego miał w jakikolwiek sposób zagrozić możliwości realizacji zamówienia w przewidywanym w warunkach przetargowych terminie.

Następnie MPK wskazywało, że w dniu 3 lipca 2014 roku została zawarta pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym umowa dostawy. Na mocy umowy dostawy, zgodnie z treścią harmonogramu, dwa pierwsze tramwaje miały zostać dostarczone w 20 tygodniu roku 2015, tj. pomiędzy 11 a 17 maja 2015 r.

Kolejne tramwaje miały zostać dostarczone w następujących terminach:

- wagony 3 i 4 - do dnia 24 maja 2015 r.;
- wagony 5 i 6 - do dnia 31 maja 2015 r.;
- wagony 7 i 8 - do dnia 7 czerwca 2015 r.;
- wagony 8 i 9 - do dnia 14 czerwca 2015 r.;
- wagony 11 i 12 - do dnia 21 czerwca 2015 r.;
- wagony 13 i 14 - do dnia 28 czerwca 2015 r.;
- wagony 15 i 16 - do dnia 5 lipca 2015 r.;
- wagony 17 i 18 - do dnia 12 lipca 2015 r.;
- wagony 19 i 20 - do dnia 19 lipca 2015 r.;

- wagony 21 i 22 - do dnia 26 lipca 2015 r.;
- wagony 23 i 34 - do dnia 2 sierpnia 2015 r.;
- wagony 25 i 26 - do dnia 9 sierpnia 2015 r.;
- wagony 27 i 28 - do dnia 16 sierpnia 2015 r.;
- wagony 29 i 30 - do dnia 23 sierpnia 2015 r.;
- wagony 31 i 32 - do dnia 30 sierpnia 2015 r.

Ostateczny termin wykonania umowy dostawy, tj. dostarczenia wszystkich wagonów, zgodnie z klauzulą 20.1 umowy dostawy, przypadał na dzień 15 września 2015 r.

Zamawiający wskazywał, że na wniosek Pesy do umowy dostawy zostały zawarte następujące aneksy:

- 1) w dniu 2 października 2014 r. - aneks nr 1 do umowy dostawy, wprowadzający zmiany projektowe w zaoferowanych tramwajach w zakresie: lokalizacji szaf elektrycznych, wymiarów okien, wyposażenia tramwaju w dodatkowe drzwi dwuskrzydłowe w członie "C";
- 2) w dniu 30 marca 2015 r. - aneks nr 2 do umowy dostawy, wprowadzający zmiany projektowe w zaoferowanych tramwajach, polegające na wysunięciu elementów zderznych tramwajów;
- 3) w dniu 26 czerwca 2015 r. - aneks nr 3 do umowy dostawy, wprowadzający zmiany projektowe w zaoferowanych tramwajach, polegające na modyfikacji przestrzeni wewnętrznej w tramwajach.

Zamawiający wyjaśniał, że Aneksy nie powodowały zmiany terminu realizacji umowy dostawy. W § 3 Aneksu nr 3 do Umowy Dostawy, Odwołujący wyraźnie potwierdził brak wpływu dokonanej zmiany na zachowanie umownych terminów realizacji umowy: „Jednocześnie Strony ustalają, że wprowadzone zmiany nie wpłyną na ustalone terminy dostaw, umowny termin wykonania umowy a ponadto wiążący jest rozkład siedzeń określony w Załączniku Nr 1 do niniejszego Aneksu oraz jego zmiana nie ma wpływu na instalację i rozmieszczenie urządzeń wskazanych w Załączniku 8.32 do Oferty, Załączniku 8.35 do Oferty, Załączniku 8.36 do Oferty, Załączniku 8.37 do Oferty oraz Załączniku 8.38 do Oferty. Wymienione

Załączniki są wiążące dla Stron w zakresie rozmieszczenia urządzeń w nich wymienionych, z wyjątkiem rozkładu siedzeń. Wobec powyższych ustaleń Strony zaniechały ich zmiany”.

Kolejno MPK twierdziło, że pismem z dnia 1 października 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o podanie informacji dotyczących terminów zawarcia kontraktów ze wskazanymi przez Pesę dostawcami zastosowanych w tramwajach zespołów, układów, systemów i innych elementów.

W odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego, Pesa pismem z dnia 13 października 2014 r., czyli w trzy miesiące po zawarciu umowy dostawy, zapewniła Zamawiającego, że dostawy pojazdów będą realizowane zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznik nr 3 do umowy. Ponadto zapewniła, iż terminy dostaw zespołów, układów, systemów i elementów niezbędnych do budowy tramwajów zostały zagwarantowane w zamówieniach i umowach z ich dostawcami. Terminy te są zgodne z wymaganiami Zamawiającego i gwarantują realizację tramwajów zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznik do umowy.

W dniu 5 grudnia 2014 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu roboczy harmonogram produkcji dla celów kontroli międzyoperacyjnych. Zgodnie z tym harmonogramem uruchomienie ostatniego pojazdu zaplanowane zostało na 31 sierpnia 2015 r., czyli na 15 dni przed końcowym terminem wykonania zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami klauzuli 10 umowy dostawy Odwołującemu przysługiwało prawo wystąpienia o udzielenie maksymalnie trzech zaliczek na poczet wykonania zamówienia w wysokości 10% ceny umownej każda zaliczek

Zgodnie ze złożonym wnioskiem przez Pesa, pierwsza zaliczka mogła zostać udzielona niezwłocznie po zawarciu umowy dostawy. Kolejne zaliczki mogły być udzielone odpowiednio po 6 i 12 miesiącach od daty zawarcia umowy, pod warunkiem, że Dostawca wykaże, a Nabywca uzna to za wystarczające, że poprzednio udzielona zaliczka została zasadnie wydatkowana na realizację umowy.

Zamawiający zgodnie z umową dostawy wypłacił Odwołującemu pierwszą zaliczkę w kwocie 35 822 520 zł w dniu 5 września 2014 r., druga zaliczka w kwocie 35 822 520 zł została wypłacona po wydatkowaniu pierwszej, w dniu 25 marca 2015 r., to jest po ośmiu miesiącach od podpisania umowy, natomiast trzecia zaliczka w kwocie 35 822 520 zł, została wypłacona po rozliczeniu drugiej zaliczki, w

najkrótszym możliwym terminie, na jaki pozwalała umowa dostawy, to jest po 12 miesiącach od daty zawarcia umowy dostawy.

Biorąc pod uwagę, że warunkiem wypłaty kolejnych zaliczek było wykazanie, że poprzednie zostały wydatkowane na poczet realizacji umowy dostawy, Odwołujący skorzystał z prawa uzyskania zaliczek w maksymalnej wysokości w terminach przewidzianych umową dostawy, Zamawiający pozostawał w uzasadnionym przekonaniu aż do końca pierwszej połowy roku 2015, że umowa dostawy realizowana jest bez zakłóceń. Pomimo upływu terminów wynikających z harmonogramu rzeczowo - terminowego stanowiącego załącznik nr 3 do umowy dostawy, zapewnień Odwołującego oraz wykorzystania całej 30-procentowej zaliczki, Odwołujący nie dostarczył Zamawiającemu ani w maju ani w czerwcu 2015 roku żadnych wagonów tramwajowych. Według stanu na koniec czerwca 2015 r. pozostawał on w zwłoce z dostawą łącznie 14 wagonów. W rozmowach z Zamawiającym, który na bieżąco starał się monitorować postęp w wykonaniu umowy dostawy, przedstawiciele Odwołującego regularnie składali zapewnienia, że pomimo niedotrzymania terminów częściowych na dostawę poszczególnych wagonów, termin końcowy wykonania zamówienia, przypadający na dzień 15 września 2015 r. zostanie dotrzymany. Z tej przyczyny Zamawiający w tamtym okresie poprzestał na ustnych wezwaniach do wykonywania przez Pesę zobowiązań umownych, nie podejmował natomiast wobec Odwołującego żadnych bardziej sformalizowanych działań.

Zamawiający twierdził, że pierwsze sygnały o możliwości niedotrzymania przez Odwołującego końcowego terminu wykonania dostaw dotarły do Zamawiającego pośrednio, poprzez harmonogram z dnia 26 czerwca 2015 r, przekazany przez Pesę Prezydentowi Miasta Krakowa. Z terminów planowanych dostaw, wskazanych w tym harmonogramie, wynikało, że PESA już wtedy zakładała około dwumiesięczne opóźnienie w dostawach. Był to harmonogram przygotowany wyłącznie przez Odwołującego bez wiedzy i akceptacji Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający nigdy nie otrzymał od Pesy tego harmonogramu. W okresie, kiedy opóźnienie dostaw stało się oczywiste, w szczególności w drugiej połowie 2015 r., wskutek wyraźnych żądań Zamawiającego Odwołujący zaczął przekazywać informacje na temat terminarza dostaw.

Z uwagi na narastające opóźnienie w dostawach (na dzień 2 sierpnia 2015 r. Pesa pozostawała w zwłoce z dostawą 24 sztuk wagonów tramwajowych) i zgłaszane w związku z tym przez Zamawiającego zaniepokojenie, Prezydent Miasta Krakowa w dniu 7 sierpnia 2015 r. wystosował do Pesy pismo, wzywając

Odwołującego do podjęcia stosownych działań w celu zniwelowania istniejącego opóźnienia. Od powzięcia informacji o zagrożeniu niedotrzymaniem końcowego terminu wykonania umowy dostawy, Zamawiający w sposób szczególnie dokładny monitorował przebieg wykonywania przez Pesę przedmiotu zamówienia, jak również sam zaangażował się w działania naprawcze.

Zamawiający wyjaśniał następnie, że z początkiem sierpnia 2015 r. powstał pomysł wsparcia produkcji tramwajów przez spółkę zależną od Zamawiającego. W wyniku uzgodnień pomiędzy Odwołującym a spółką KrakTransRem sp. z o.o. (dalej jako: „KTR”) w dniu 6 sierpnia 2015 r. Odwołujący zaproponował KTR podpisanie umowy o współpracy. Umowa ta została podpisana w dniu 11 sierpnia 2015 r., a od 17 sierpnia 2015 r. KTR rozpoczęła świadczenie dla Odwołującego usług przy budowie tramwajów. Dla potrzeb realizacji umowy zawartej pomiędzy KTR a Odwołującym, MPK wyraziła zgodę na udzielenie urlopów bezpłatnych grupie wysokokwalifikowanych specjalistów zatrudnionych u Zamawiającego w celu podjęcia przez nich czasowego zatrudnienia przy produkcji pojazdów w fabryce Odwołującego. W wykonaniu tych ustaleń 41 pracowników Zamawiającego wzięło urlopy bezpłatne w okresie od sierpnia do grudnia 2015 r. Osoby te wykonywały prace elektryczne i monterskie w fabryce Odwołującego przy produkcji tramwajów dla MPK, przyczyniając się do skrócenia okresu opóźnienia w odstawach. Zamawiający podkreślał, że zaangażowanie pracowników Zamawiającego w proces produkcji był spowodowane wyłącznie zagrożeniem opóźnienia w dostawach, a bez ich udziału Odwołujący nie zdołałby dostarczyć wagonów przed końcem 2015 r.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2015 roku Odwołujący powiadomił MPK o ograniczeniach w dostawach energii oraz o ich ewentualnym wpływie na terminy realizacji umowy. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 sierpnia 2015 r. wprowadzono od dnia 11 sierpnia 2015 r. od godz. 24.00 do dnia 31 sierpnia 2015 r. na terytorium całego kraju ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej dla odbiorców energii elektrycznej o mocy umownej powyżej 300 kW (dalej jako: „Rozporządzenie RM”). Operator systemu przesyłowego elektroenergetycznego oraz operatorzy systemów dystrybucyjnych elektroenergetycznych zobowiązani byli realizować ograniczenia zgodnie z planami ograniczeń. Zgodnie z komunikatami Polskich Sieci Energetycznych ograniczenia w poborze energii zostały wprowadzone w dniach 10 sierpnia - 12 sierpnia 2015 r., a więc w okresie 3 dni. W dacie wprowadzenia ograniczenia w poborze energii Odwołujący pozostawał w opóźnieniu w dostawach 24 tramwajów (od 1 do 85 dni).

Zamawiający wskazywał, że w dniu 18 sierpnia 2015 r. został odebrany pierwszy wagon tramwajowy. Z uwagi na fakt, że stosownie do harmonogramu stanowiącego załącznik nr 3 do umowy dostawy, dostawa pierwszego wagonu powinna była nastąpić w terminie do dnia 17 maja 2015 roku. Opóźnienie w dostawie pierwszego wagonu wyniosło 93 dni.

Kolejno Zamawiający wskazywał, że pismem z dnia 4 września 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych o wydanie opinii w sprawie zawarcia aneksu zmieniającego termin realizacji umowy dostawy i wydłużeniu pierwotnie zakładanego czasu do 20 grudnia 2015 r. Zdaniem Zamawiającego w piśmie do Urzędu Odwołujący wskazał rzeczywiste przyczyny opóźnienia w dostawach: *„Z początku wykonawca ograniczał starania o uzyskanie nowych zamówień, gdyż potencjalny kontrakt z Zamawiającym stanowił priorytetowe zamówienie, które determinowało organizację produkcji w poszczególnych halach oraz organizację przeprowadzania zamówień na dostawę komponentów od poddostawców. Przedłużająca się procedura w przedmiocie uzyskania przez Zamawiającego dofinansowania z Unii Europejskiej spowodowała, że Wykonawca nie mógł już dłużej ograniczać zakresu ubiegania się o nowe zamówienia, wobec czego postanowił realizować swoją działalność zgodnie z polityką firmy i pozyskiwać nowe kontrakty. Realizacja nowo pozyskanych zamówień wymagała kolejnej zmiany organizacji produkcji oraz alokacji zakupionych wcześniej komponentów. Kiedy ostatecznie 3 lipca 2014r. Strony podpisały umowę, Wykonawca musiał na nowo przeorganizować proces produkcji i po raz kolejny zamówić niezbędne komponenty. Był to bardzo czasochłonny i kosztowny proces, który utrudniał płynne rozpoczęcie realizacji przedmiotowego zamówienia”.*

W ocenie Zamawiającego, w kontekście tego wyводу warto zwrócić uwagę, że Odwołujący pięć razy przedłużał ważność związania ofertą, co oznacza, że pięciokrotnie miał możliwość zrezygnowania z ubiegania się o zamówienie u Zamawiającego, ostatni raz mógł podjąć taką decyzję w dniu 30 czerwca 2014 roku, kiedy po raz kolejny kończył się termin związania ofertą. Zamiast tego, Odwołujący w dniu 26 czerwca 2014 r., czyli na osiem dni przed podpisaniem umowy dostawy przedłużył ważność oferty, mając świadomość, że termin końcowy wykonania zamówienia jest niezmienny i, jak należy wnosić z pisma do UZP, mając kolejne kontrakty do wykonania.

Zamawiający podnosił, że wysokie temperatury w sierpniu oraz trzydniowe ograniczenie w dostawach prądu w ogóle nie zostały wskazane w piśmie do UZP jako podstawa do zmiany terminu umowy dostawy.

W ocenie Zamawiającego w wyniku interwencji MPK, która stanowczo oświadczyła, że nie wyrazi zgody na zmianę terminu końcowego wykonania umowy dostawy, albowiem zmiana taka jest niedopuszczalna w świetle przepisów Pzp, wniosek został przez Odwołującego wycofany oświadczeniem z dnia 7 września 2015 r., a następnie, już bez wiedzy MPK, ponownie złożony w dniu 11 września 2015 r.

W dniu 17 września 2015 r., czyli dwa dni po upływie końcowego terminu wykonania przez PESEŃ zobowiązań wynikających z umowy dostawy, został dostarczony drugi wagon tramwajowy. Opóźnienie w dostawie tego wagonu wyniosło 123 dni.

W dniu 30 września 2015 roku Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo wyrażające zaniepokojenie narastającym opóźnieniem i wezwał do przedkładania cotygodniowych raportów z realizacji umowy dostawy.

W związku z upływem terminu do wykonania przez Pesę umowy dostawy i związanym z tym realnym zagrożeniem niezrealizowania zakresu rzeczowego Projektu, co skutkowałoby z kolei obowiązkiem zwrotu dofinansowania uzyskanego ze środków unijnych, Zamawiający wskazywał, że maksymalnie zintensyfikował proces kontroli produkcji tramwajów w fabryce Odwołującego w Bydgoszczy. Z obserwacji inspektorów MPK wynikało, że proces produkcji nie był należycie prowadzony i był przyczyną opóźnienia w realizacji kontraktu. Stwierdzono między innymi: brak odpowiedniego nadzoru i egzekwowania tempa prac, brak podstawowych narzędzi dla pracowników, brak zachowania należytej jakości montażu i jego sprawdzania, nienależyte zabezpieczenie tramwaju, skutkujące uszkodzeniami w toku produkcji, braki materiałowe spowalniające tempo produkcji, brak odpowiedniego dostępu dla pracowników pracujących przy produkcji tramwaju do dokumentacji technicznej tramwaju.

W dniu 2 października 2015 roku Prezydent Miasta Krakowa wystosował do Odwołującego pismo wyrażające zaniepokojenie istniejącym opóźnieniem w realizacji umowy dostawy i ryzykiem niezrealizowania projektu unijnego przez MPK. W odpowiedzi na pismo Prezydenta Miasta Krakowa, pismem z dnia 6 października 2015 r. Odwołujący udzielił informacji o występujących opóźnieniach w dostawach tramwajów. W piśmie tym, jako przyczyny opóźnień wskazano: panujące w lipcu i

sierpniu 2015 roku warunki atmosferyczne, czego skutkiem było wydanie w dniu 11 sierpnia 2015 r. rozporządzenia w sprawie wprowadzenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, którego z kolei konsekwencją było znaczące ograniczenie możliwości produkcyjnych spółki w odniesieniu do realizowanych dostaw (ograniczenie wykorzystywanych automatów spawalniczych, wyłączenie wentylacji oraz ogrzewania w 8 komorach malarskich, brak możliwości korzystania z suwnic na linii tramwajowej, konieczność wyłączenia klimatyzacji). W związku z tym Odwołujący zadeklarował wykonanie 50 % umowy w terminie do 17 listopada 2015 r. a zakończenie dostaw wagonów - do dnia 23 grudnia 2015 r.

Zamawiający twierdził, że tym razem Odwołujący w ogóle nie podniósł, jako rzekomo ważącej na terminie realizacji umowy dostawy, kwestii jej podpisania po upływie około siedmiu miesięcy od ogłoszenia wyników przetargu.

W okresie od 8 października 2015 r. do 30 grudnia 2015 r. zostały dostarczone kolejne 34 wagony tramwajowe. Opóźnienie w dostawie poszczególnych wagonów, liczone odrębnie w stosunku do każdego z dostarczonych egzemplarzy, wynosiło od 106 do 156 dni.

W dniu 30 grudnia 2015 r. został podpisany protokół odbioru końcowego ostatniego wagonu, potwierdzający wykonanie umowy dostawy. Opóźnienie w dostawie ostatniego wagonu wyniosło 106 dni.

W dniu 5 stycznia 2016 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie do zapłaty kwoty 26 373 400,00 zł tytułem kary umownej z powodu opóźnienia dostaw z terminem zapłaty do dnia 12 stycznia 2016 r.

W dniu 12 stycznia 2016 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o podjęcie negocjacji, celem analizy okoliczności, które wpłynęły na opóźnienie w realizacji dostaw. Jako przyczyny opóźnienia wykonawca Pesa wskazał:

- 1) wysokie temperatury panujące w lipcu i sierpniu 2015 r.,
- 2) podpisanie umowy dostawy w terminie 7 miesięcy po wyborze najkorzystniejszej oferty, co wymusiło na Dostawcy zmiany w zakresie planów produkcyjnych.

W toku prowadzonych negocjacji, w dniu 30 marca 2016 r. Odwołujący przekazał MPK wykonaną na swoje zlecenie „Ekspertyzę Techniczną - Wpływ następstw wysokich temperatur na realizację umowy w zakresie dostaw tramwajów typu 2014N dla MPK S.A. w Krakowie” autorstwa instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa Zakładu Komunikacji Miejskiej w Warszawie (dalej: „Ekspertyza

IGPiM"). Według wniosków Ekspertyzy IGPiM (...) *umowa na dostawę taboru tramwajowego dla MPK S.A. w Krakowie została zrealizowana z opóźnieniem, które powstało w znacznej części z przyczyn niezależnych od wykonawcy, które można zakwalifikować jako siłę wyższą, tj. negatywnych zjawisk atmosferycznych (...)* Skutki anomalii pogodowych były przyczyną utraty 99 dni roboczych, co przełożyło się na opóźnienia w realizacji kontaktu (...)".

Wysokie temperatury w sierpniu 2015 r. zostały wskazane jako przyczyna opóźnienia w procesie produkcji tramwajów.

Zamawiający twierdził, że w Ekspertyzie IGPiM jednak poza powołaniem się na Rozporządzenie RM brak wskazania, jakiego rodzaju ograniczenie zostało wprowadzone. Zgodnie z § 2 Rozporządzenia RM ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej realizowali operator systemu przesyłowego elektroenergetycznego oraz operatorzy systemów dystrybucyjnych elektroenergetycznych zgodnie z planami ograniczeń.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał ani przez Ekspertyzę IGPiM ani za pomocą innych środków dowodowych tego, jakie były rzeczywiste plany ograniczeń oraz - co ważniejsze - czy Odwołujący rzeczywiście, w jakich okresach i do jakiego stopnia ograniczył zużycie energii. Eksperci oparli się przede wszystkim na informacjach podanych przez Pesę w zakresie ograniczenia liczby wykorzystywanych automatów spawalniczych przy budowie konstrukcji pojazdów, wyłączenia wentylacji ogrzewania w 8 komorach lakierniczych, braku możliwości korzystania z suwnic czy wyłączenia klimatyzacji, przyjmując je bez zastrzeżeń. Na stronie 8 eksperci wskazali, iż ograniczenia w dostawach energii trwały 3 dni, a na str. 10 z kolei uwzględnili okres wyłączenia ogrzewania i klimatyzacji w komorach lakierniczych od 11.08.2015 r.-do 31.08.2015 r. (łącznie 14 dni). Niejasny jest sam sposób liczenia liczby dni opóźnienia z powodu ewentualnych ograniczeń w produkcji, polegający przede wszystkim na sumowaniu dni opóźnień na poszczególnych etapach produkcji. Eksperci przyjęli również na podstawie informacji uzyskanych od Odwołującego, że miały miejsce nieterminowe dostawy części i podzespołów od kooperantów oraz że przyczyną tych opóźnień były negatywne warunki pogodowe. Okoliczności te nie zostały jednak ustalone w sposób obiektywny i nie budzący wątpliwości.

Zamawiający wyjaśniał, że wyżej wymieniona Ekspertyza Techniczna została na zlecenie MPK poddana weryfikacji przez zespół ekspertów z Instytutu Pojazdów Szynowych Wydziału Mechanicznego Politechniki Krakowskiej (PK), którzy wydali w

dniu 13 czerwca 2016 r. „Opinię techniczną dotyczącą opóźnień w dostawie wagonów PESA typu 2014N” (dalej: „Opinia PK”). Opinia PK nie potwierdziła ustaleń Ekspertyzy IGPIM, przeciwnie, według jej autorów *„próba uzasadnienia opóźnień w dostawie tramwajów działaniem siły wyższej jest bezpodstawna i nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Najprawdopodobniej główną przyczyną nieterminowej realizacji kontraktu były nieefektywne terminowo działania lub zaniechania w procesie logistyki produkcji tramwajów”*.

W czasie trwania negocjacji Odwołujący sukcesywnie przedłużał okres ważności gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Ostatnim aneksem nr 7 z dnia 23 czerwca 2016 r. gwarancja została wydłużona do dnia 31 października 2016 r.

Negocjacje prowadzone zgodnie z klauzulą 25.1 umowy dostawy w celu polubownego rozstrzygnięcia sporu zakończyły się niepowodzeniem, wobec czego Zamawiający wystąpił do zobowiązanego z gwarancji ubezpieczeniowej, stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy o zapłatę i zaspokoila część roszczenia tytułem kar umownych w wysokości 20 386 800 zł.

Zamawiający wskazywał, że z dotychczas prezentowanego przez Odwołującego stanowiska, zarówno w odwołaniu jak i w pozwie złożonym do sądu arbitrażowego, wynika, że wskazuje on na trzy okoliczności faktyczne, które miałyby wyłączać jego odpowiedzialność za opóźnienie w dostawach wagonów tramwajowych:

- a) podpisanie umowy dostawy po upływie siedmiu miesięcy po wyborze najkorzystniejszej oferty, co rzekomo wymusiło na Dostawcy zmiany w zakresie planów produkcyjnych;
- b) wysokie temperatury panujące w lipcu i sierpniu 2015 r.;
- c) działania Zamawiającego rzekomo opóźniające realizację umowy dostawy.

Odnosząc się do powyższego, Zamawiający zaprzeczał, aby były to rzeczywiste przyczyny opóźnienia, szczegółowo omawiając poszczególne przyczyny:

- a) Podpisanie umowy dostawy po upływie 7 miesięcy po wyborze najkorzystniejszej oferty

Jedną z trzech przyczyn opóźnienia wskazanych przez PESA było podpisanie Umowy Dostawy po upływie siedmiu miesięcy po wyborze najkorzystniejszej oferty,

co - jak twierdzi Odwołujący - miało wymusić na nim zmiany w zakresie planów produkcyjnych. W opinii Odwołującego jest to okoliczność, za którą dostawca nie może ponosić odpowiedzialności.

Zamawiający wskazywał, że bezspornym jest, że Odwołujący zobowiązał się na podstawie umowy dostawy dostarczyć 36 wagonów tramwajowych w terminach, określonych w harmonogramie, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy dostawy, z zachowaniem ostatecznego terminu wykonania umowy, tj. dostarczenia wszystkich wagonów do dnia 15 września 2015 r.

Umowa dostawy została podpisana, po kilkukrotnym przedłużaniu przez Odwołującego ważności oferty. Oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą odnosiło się m.in. do zawartego w ofercie zobowiązania do wykonania umowy na warunkach określonych w SIWZ, co oznacza, że jeszcze w dniu 26 czerwca 2014 r. (ostatnie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą) Odwołujący deklarował możliwość wykonania umowy w terminie do dnia 15 września 2015 r.

Zgodnie z punktem XIII SIWZ przed podpisaniem umowy Odwołujący obowiązany był uzgodnić z MPK i przedłożyć do dnia podpisania umowy harmonogram wykonania zamówienia. Taki harmonogram rzeczowo-finansowy, przewidujący zakończenie wszystkich dostaw przed 15 września 2015 r. został przez strony uzgodniony bezpośrednio przed podpisaniem umowy, czyli w czasie, gdy realny termin wykonania umowy był już znany. Odwołujący zapewnił MPK pismem z dnia 13 października 2014 r., iż terminy dostaw zespołów podzespołów, układów, systemów i elementów niezbędnych do budowy tramwajów zostały zagwarantowane w zamówieniach i umowach z dostawcami.

Odwołujący uzyskał od Zamawiającego zaliczkę w postaci 30 % całkowitej ceny umownej, w najkrótszym przewidzianym umową czasie (12 miesięcy od podpisania umowy), co oznacza, że zaliczkę w wysokości 20 % całkowitej ceny umownej wydatkował na realizację umowy dostawy (koszty projektowe, zakupy części, komponentów i podzespołów) bez opóźnień.

Zamawiający wskazywał, że jeśli nawet przyjąć, że umowny termin realizacji umowy był dla Odwołującego niemożliwy do dochowania (ze względu na inne zaciągnięte zobowiązania, na co Odwołujący sam zwrócił uwagę w piśmie do UZP), to jest to okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Odwołujący.

b) Wysokie temperatury panujące w lipcu i sierpniu 2015r.

Zamawiający podnosił, że jako drugą przyczynę mającą zwolnić Odwołującego od odpowiedzialności za opóźnienie, Pesa wskazała wysokie temperatury panujące w lipcu i sierpniu 2015 r. Na uzasadnienie swoich twierdzeń przedstawiła Ekspertyzę IGPiM. Zamawiający twierdził, że jest to opracowanie całkowicie niewiarygodne, albowiem zostało sporządzone wyłącznie na podstawie informacji uzyskanych od Odwołującego, w żaden sposób nie zweryfikowanych. Wnioski Ekspertyzy IGPiM zostały zresztą w całości podważone w Opinii PK. Wiarygodność Ekspertyzy IGPiM podważa dodatkowo fakt, iż zgodnie z wynikającymi z niej wnioskami opóźnienie wywołane falą upałów miało wynieść 99 dni roboczych, podczas, gdy do pisma skierowanego do Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 6 października 2015 r., czyli po ustaniu niekorzystnych warunków atmosferycznych, Odwołujący załączył harmonogram dostaw, z którego w żadnym razie nie wynika opóźnienie w tak znacznym wymiarze. Również w piśmie do UZP z 4 września 2015 r. – czyli po ustaniu okresu wysokich temperatur - Odwołujący wnioskował o zmianę terminu wykonania Umowy Dostawy na dzień 20 grudnia 2015 r., jako przyczynę podając wyłącznie długi okres oczekiwania na zawarcie umowy, a nie wysokie temperatury.

Zamawiający podkreślał, że ekspertyza IGPiM nie bierze w ogóle pod uwagę wolumenu zamówień, które w tamtym czasie Odwołujący zobowiązany był zrealizować.

Zamawiający stwierdził, że uwadze Odwołującego uszedł ponadto istotny fakt, iż pierwszy wagon tramwajowy został odebrany w dniu 18 sierpnia 2015 r., podczas gdy umowny termin jego dostawy został oznaczony na dzień 17 maja 2015 r. Już na samym wstępie zatem opóźnienie w wykonaniu przez Pesę zobowiązań umownych wyniosło 93 dni. Do czasu nadejścia sierpniowej fali upałów, na które powołuje się Odwołujący pozostawał w zwłoce z dostawą 24 sztuk wagonów tramwajowych.

Odwołujący powołuje się na wysokie temperatury oraz ograniczenia w dostawach energii jako istotnym czynnikiem uniemożliwiającym dotrzymanie umownych terminów, jednak w opinii Zamawiającego te same warunki atmosferyczne dotknęły wszystkich, nie tylko Pesę. Zamawiający jako podmiot świadczący usługi w sieci transportu zbiorowego, ale również wykonujący czynności obsługowe i remontowe również doznał tych samych uciążliwości, lecz nie zakłóciły

one w sposób istotny funkcjonowania przedsiębiorstwa. Z informacji uzyskanych od innych producentów taboru: Newag SA, Stadler Polska Sp. z o.o., Solaris Bus & Coach S.A. wynika, że również te podmioty, narażone w podobny sposób na działanie tych samych warunków atmosferycznych i ograniczeń w dostawach energii, były w stanie zapobiec wpływowi tych niekorzystnych czynników na proces produkcji i realizacji umów. Co więcej, osoby oddelegowane przez Zamawiającego do kontroli produkcji w fabryce Odwołującego nie zauważyły istotnych zmian w tempie produkcji w związku z upałami. Powyższe okoliczności, jak również fakt powoływania się przez Odwołującego w różnym czasie na różne przyczyny opóźnienia, wzajemnie ze sobą nie powiązane, wskazywanie różnych terminów wykonania umowy, w ocenie Zamawiającego, podważają wiarygodność twierdzeń Odwołującego o rzeczywistych przyczynach opóźnienia, tym bardziej, że nie zostały one poparte w procedurze negocjacyjnej żadnymi wiarygodnymi dowodami.

c) Działania Zamawiającego rzekomo opóźniające realizację Umowy Dostawy

Zamawiający wyjaśniał, że zgodnie z klauzulą 17.1-17.9 Odwołujący zobowiązany był uzgodnić szereg elementów dostarczanych tramwajów, i tak, do czasu odbioru pierwszego tramwaju Dostawca zobowiązany był uzgodnić z Nabywcą:

- 1) wzór kompozycji plastycznej dotyczącej stylistyki i kolorystyki zewnętrznej i wewnętrznej tramwaju wg pkt B.1.16 STT.
- 2) koncepcję zagospodarowania kabin motorniczego i wnętrza tramwaju wg pkt B.II.1.19 IB.II.2.29STT.
- 3) wzór i kolorystykę siedzeń pasażerskich.
- 4) szczegóły funkcjonowania systemu diagnostycznego i elektronicznego rejestratora zdarzeń.
- 5) szczegóły funkcjonowania systemu monitoringu wizyjnego i zarządzania danymi oraz rozmieszczenie kamer, monitora.
- 6) rozmieszczenie urządzeń stosowanych w taborze Nabywcy jako systemowe (system informacji pasażerskiej, monitoringu, emisji reklam) wg pkt B.II.3.1.d, B.II.3.2.C, B.II.3.3.D, B.II.3.3.d, B.II.3.5.a, B.II.3.5.b, B.II.3.7.a STT.
- 7) tonację dźwięku sygnalizacji zamknięcia drzwi wagonu wg pkt B.II.4.5.d STT.

Podnoszone przez Odwołującego w pozwie skierowanym do sądu arbitrażowego, jak również wskazane w Odwołaniu zarzuty zwłoki wynikającej z rzekomego niezdecydowania i licznych zmian wprowadzanych przez Zamawiającego w istocie dotyczą bądź to przewidzianego umową dostawy procesu uzgadniania bądź też zaistniałych przypadków niezgodności projektu Odwołującego z wymaganiami zawartymi w SIWZ, przyjęcia złych rozwiązań technicznych, funkcjonalnych lub też zwykłej nieumiejętności lub niedbałości w wykonaniu zamówienia.

Zamawiający wyjaśniał, że załącznikiem do umowy dostawy była Specyfikacja Techniczna Tramwaju, która zawierała zespół wymagań technicznych w zakresie budowy i wyposażenia zamawianego pojazdu. Dokument ten, stanowiący część SIWZ, nie był kwestionowany na etapie postępowania przetargowego. Dostawca zobowiązany był do dostarczenia tramwaju spełniającego wszystkie wymagania techniczne określone w SIWZ. Zamawiający twierdził, że wszystkie działania Zamawiającego na etapie uzgadniania, odbiorów i kontroli produkcji odnosiły się do wiążących Odwołującego wymagań SIWZ.

Uzgodnienia dotyczące rozmieszczenia kamer wewnątrz pojazdu

Zgodnie z punktem B.II.3.4.a. SIWZ „Kamery: rejestracja przestrzeni pasażerskiej (min.10 kamer), (...)” „Rozmieszczenie, rodzaj i ilość zastosowanych kamer do uzgodnienia z Zamawiającym. Kamery zamontowane wewnątrz pojazdu muszą zapewnić monitorowanie całego obszaru przestrzeni pasażerskiej,(...)”. Obszar przestrzeni pasażerskiej to obszar od ściany kabiny motorniczego do tyłu do szyby tylnej wagonu i od prawej do lewej ściany wagonu. MPK wymagało systemu z minimum 10 kamerami - w pojęciu tym mieści się więcej niż 11 kamer. Zaproponowane przez PESA rozwiązanie z 10 kamerami nie obejmowało obszaru stopnia i wejścia do tramwaju przy ostatnich drzwiach wagonu. MPK zwróciła uwagę na potrzebę omówienia między innymi rozmieszczenia kamer już podczas spotkania w dniu 17 lipca 2014 r. Pesa przedstawiła projekt rozmieszczenia kamer do uzgodnienia dopiero w dniu 29 stycznia 2015 r.

W dniach 5 i 16 lutego 2015 r. MPK przekazało swoje uwagi w oparciu, o które Pesa przygotowała nowy projekt zawierający jedenaście kamer obejmujących całą przestrzeń pasażerską, który zaprezentowała na spotkaniu 19 lutego 2015 r. Projekt

został zaakceptowany w tym samym dniu. Takie postępowanie nie stanowiło zmiany projektu, a realizację wymaganych uzgodnień zgodnie z pkt. 17.6 umowy.

Uzgodnienia dotyczące systemu antynapadowego „Panic”

Ze względów bezpieczeństwa w przedsiębiorstwie MPK wprowadzono system „PANIC”, w który wyposażone zostały wszystkie wyposażone pojazdy. W ocenie Zamawiającego zasadnym zatem było oczekiwanie, że partia nowych pojazdów będzie wyposażona w taki system. Wprowadzenie zmian było proste do zastosowania, tj. wymagały jednego przycisku i kilku przewodów. Zamawiający przekazał schematy połączeń wg wzorów zastosowanych w eksploatowanych pojazdach. Zakres spraw związanych z zastosowaniem przycisków PANIC mieścił się w zakresie uzgodnień dotyczących kabiny prowadzącego, a wymaganych w SIWZ pkt. B.II.1.19. STT. Zamawiający wskazał miejsce, typ oraz sposób połączeń po przedstawieniu wizualizacji i modelu kabiny (pulpitu prowadzącego).

Uzgodnienia dotyczące projektu pulpitu manewrowego

Punkt B.II.1. 19 STT wymagał między innymi uzgodnienia rozplanowania wnętrza wagonu. Przedstawione rozwiązania z dnia 5 grudnia 2014 r. nie mogły być zaakceptowane przez Zamawiającego ze względu na zbyt odległe od tylnej szyby wagonu umieszczenie pulpitu utrudniające widoczność, lub zmuszanie prowadzącego do pracy w pozycji klęczącej. W oparciu o uwagi Zamawiającego Pesa przedstawiła poprawny projekt z 29 grudnia 2014 r. Zamawiający zaakceptował projekt w dniu 7 stycznia 2015 r.

Uzgodnienia dotyczące gniazda uchwytów podnoszenia

Pesa w dniu 18 kwietnia 2015 r. przedstawiła do odbioru cząstkowego pudło pierwszego wagonu po lakierowaniu. Przy oględzinach zauważono uszkodzoną powłokę lakierniczą w obszarze otworów na podpory do podnoszenia wagonu. Zaprojektowane rozwiązanie było nieprawidłowe co objawiało się uszkodzeniami powłoki lakierniczej wokół otworów do podnoszenia pudła wagonu już na etapie produkcji wagonów. Wagon wyposażony jest w otwory w konstrukcji wagonu do wkładania „bolców” umożliwiających podnoszenie wagonu. Doprowadzenie blach poszycia bocznego do krawędzi tych otworów skutkuje przenoszeniem części obciążenia przez oblachowanie nie przystosowane do takiej funkcji i w efekcie

odkształcanie oblachowania i odpryskiwanie lakieru. Zdaniem Zamawiającego przeprojektowanie było konieczne z uwagi na błąd projektowy co obciąża Odwołującego.

Czynności odbiorowe Zamawiającego

Zamawiający twierdził, że pierwszy dostarczony tramwaj był obarczony wieloma nieprawidłowościami w stosunku do oczekiwanego standardu. W związku z tym zwrócono uwagę na jakość wykonania wymienionych w pozwie elementów. W dniu 22 stycznia 2015 r. w Sękocinie Starym wstępnie uzgodniono rozmieszczenie pulpitu motorniczego, po tym w dniu 28 stycznia 2015 r. w trybie e-mail Pesa przysłała uaktualnioną prezentację kabiny motorniczego, w dniu 29 stycznia 2015 r. Zamawiający przesłał dwie uwagi do prezentacji z prośbą o ustosunkowanie się. Po czym w tej sprawie do dnia 14 kwietnia 2015 r. nie działo się nic. Zatem MPK w trybie e-mail poprosiła o ustosunkowanie się do przedmiotowych uwag, po czym w dniu 17 kwietnia 2015 r. w trybie e-mail Pesa uzupełniła opis funkcjonalności pulpitu motorniczego. Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2015 r. przekazał siedem uwag w których wcześniej mieć nie mógł z uwagi na brak opisu funkcjonalności pulpitu. Nie jest się w stanie stwierdzić, czy dostarczony pierwszy wagon był wykonany ściśle, zgodnie z makietą zaprezentowaną w Sękocinie z uwagi na brak konkretnych wymiarów w notatkach. Stwierdzić można natomiast, że dostarczony wagon nie nadawał się do prowadzenia przez motorniczego. W szczególności dotyczy to wysokości siedzenia prowadzącego, a podniesienie fotela skutkowało koniecznością podniesienia podłokietnika przy zadajniku jazdy.

Dla spełnienia wymogu B.11.6.7 STT („W kabinie prowadzącego musi być umieszczony wyłącznik hamowania bezpieczeństwa (wyłącznik uciezkowy”) umieszczony po prawej stronie pulpitu.) konieczne było znalezienie miejsca dla tego wyłącznika. Z tego powodu wyłącznik AHP przeniesiono na lewą stronę pulpitu. Wyłącznik AHP nie jest tożsamy z funkcją hamulca bezpieczeństwa. Innego miejsca dla przycisku hamulca bezpieczeństwa Pesa znaleźć nie potrafiła. Przeniesienie przycisku AHP bez zmiany funkcjonalności, zdaniem Zamawiającego nie wymagało zmiany homologacji.

Układ przycisków na pulpicie nie zmienił się w stosunku do uzgodnień zawartych w notatce z dnia 22 stycznia 2015 r. Zastosowane rozwiązanie przez Pesa, dotyczące dwufunkcyjności przycisku wydawania zezwolenia na otwarcie wszystkich drzwi/otwieranie pierwszych drzwi, zdaniem Zamawiającego było bardzo

niebezpieczne. Błąd, nieuważne użycie przycisku przez motorniczego, skutkowałoby wydaniem zezwolenia na otwarcie drzwi przez pasażerów poza przystankiem. Wymusiło to zastosowanie dodatkowego przycisku otwierania pierwszych drzwi, dla którego Pesa znalazła miejsce po lewej stronie pulpitu.

Zintegrowanie systemu kluczy do systemu stosowanego przez Zamawiającego w tramwajach było wymogiem zawartym pkt. B.II. 14.4 STT.

Na etapie czynności odbiorowych MPK zażądała zastosowania zwłoki w działaniu urządzenia czuwakowego dla ujednoczenia zasady jego działania z wszystkimi innymi eksploatowanymi tramwajami. Powodem takiej decyzji były względy bezpieczeństwa wynikające z obserwacji działania motorniczych podczas prowadzenia tramwaju. Żądane rozwiązanie przez MPK S.A. zostało zaakceptowane przez instytucję homologującą.

Zamawiający wymagał w SIWZ, pkt B.II.1.5 STT „wydolnego układu ogrzewania i wentylacji”. Pesa zastosowała rozwiązanie, w którym układ nawiewu działał z intensywnością znacząco odbiegającą od oczekiwanego komfortu na stanowiska pracy prowadzącego. Możliwość regulacji intensywności nawiewu jest ogólnie stosowanym standardem.

W ocenie Zamawiającego szereg zmian w oprogramowaniu wprowadzanych według Odwołującego „na życzenie klienta” wynikało z nieprawidłowych rozwiązań programowych zastosowanych przez Pesa, nie uwzględniających doświadczeń z praktyki eksploatacyjnej. Z powyższych powodów Zamawiający zgłaszał uwagi w procedurze odbiorowej, co znalazło wyraz m. in. w notatce z dnia 26 sierpnia 2015 r.:

Zamawiający wyjaśniał, że akceptował wizualizacje przedstawiane przez PESA, jednak ze swej istoty nie odzwierciedlały stanu technicznego i jakości wykonania. Toteż w trakcie czynności odbiorowych dochodziło do kwestionowania przyjętych przez Odwołującego rozwiązań pomimo przyjętych wizualizacji. Przykładowo PESA zamontowała poręczę według zaproponowanego przez siebie sposobu rozmieszczenia, jednak, co okazało się dopiero przy czynnościach odbiorowych, stwarzały one zagrożenie uszkodzenia ręki (dłoni) przewożonych pasażerów. Na wizualizacji było widoczne, że poręcz mieści się we wnęce portalu pionowego drzwi. Wykonanie odbiegało od tego wyglądu. Zakwestionowana poręcz wystawała poza wnękę portalu pionowego drzwi i było to sprzeczne z zaakceptowaną wizualizacją, co świadczyło o niedbalstwie i braku zachowania standardów jakościowych przy montażu.

Podobnie przedstawiała się sytuacja z poręczami rowerowymi. Załącznik nr 1 aneksu nr 3 do umowy dostawy, w sprawie zmiany aranżacji wnętrza przedstawiał widok poręczy, na którym poręcze dla stanowisk na rowery nie przekraczały osi podłużnej wagonu. Poręcze przedstawione na wizualizacji stanowią wycinek wnętrza tramwaju, które nie pozwalało na ocenę ich usytuowania w stosunku do całego wnętrza wagonu. Wizualizacje nie odzwierciedlają stanu pokazanego na rysunku z załącznika nr 1. Stan faktyczny, jaki Zamawiający stwierdził przy odbiorze pierwszego wagonu, nie mógł być zaakceptowany ze względu na jego wady.

Podczas czynności odbiorowych Zamawiający zgłaszał uwagi co do kolorystyki listew maskujących różnice wysokości podłogi. Ze względów bezpieczeństwa powszechnie stosuje się kolor żółty lub czarno-żółty, co Pesa powinna wiedzieć i wykonać z własnej inicjatywy. Zamawiający nie ingerował w sprawy kolorystyki wnętrza wagonu, które wynikają z konieczności zachowania wymogów bezpieczeństwa.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący zobowiązany był w tym zakresie uwzględnić wymagania wynikające z § 13 ust. 2 zd. drugie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 2011 r. *w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia* (Dz.U.2011.65.344): *Krawędzie stopni powinny być trwale i widocznie wyróżnione lub podświetlone - wymaganie to nie dotyczy tramwaju technicznego.*

W trakcie czynności odbiorowych Zamawiający stwierdził obicia i zarysowania elementów lakierowanych. W związku z tym zażądał wykonania tych elementów w taki sposób, by miejsca narażone były odporne na obicia i zarysowania, sugerując wykonanie tych elementów w wersji metalicznej, co nie oznacza zmiany kolorystyki. Z uwagi na położenie tych elementów, zdaniem Zamawiającego, Pesa powinna była przewidzieć, że elementy lakierowane będą podatne na uszkodzenia. Z punktu widzenia ogólnie pojętej estetyki poobijane elementy przy podłodze wpływają negatywnie na ogólny wizerunek wagonu, na czym Odwołującemu również powinno zależeć.

W trakcie odbioru technicznego stwierdzono, że szczelina wrzutu monet automatu biletowego, który został zainstalowany w tramwaju, nie pozwalał na jego wykorzystanie przez wszystkich pasażerów. W celu umożliwienia korzystania z automatu wszystkim grupom podróżujących (o różnym wzroście) konieczne było skorygowanie położenia automatu, co tak doświadczony producent pojazdów do przewozu pasażerów sam powinien zauważyć.

Zamawiający podnosił, że na etapie projektowania rozwiązania wymagające akceptacji Zamawiającego Pesa przedstawiała do uzgodnienia. Jednakże uzgodnieniom nie podlegały wszystkie szczegóły wagonu. W gotowym wagonie Zamawiający stwierdził zastosowanie rozwiązań niebezpiecznych, nieestetycznych, nefunkcjonalnych, co wyjaśniono powyżej i o czym świadczą dołączone notatki odbioru pierwszego wagonu.

Zamawiający wyjaśniał, że na etapie sporządzania SIWZ i zawierania umowy, Zamawiający nie opisywał szczegółowo wymagań dla wszystkich kilkudziesięciu tysięcy detali składających się na wyrób traktując Dostawcę jako profesjonalistę w produkcji tramwajów. W trakcie odbioru pierwszego pojazdu Zamawiający wytknął Odwołującemu brak zwrócenia uwagi na szczegóły, brak dbałości o jakość wyrobu, a niejednokrotnie o bezpieczeństwo co w efekcie powodowało konieczność wprowadzania zmian. I tak np.:

- 1) Odwołujący nie przewidział możliwości ręcznego złożenia lusterka w przypadku zaniku napięcia pokładowego, co jest konieczne w warunkach ruchu ulicznego,
- 2) Odwołujący zastosował łączenie wykładziny na „garbie” podłogi, czyli w najbardziej narażonym na zużycie i uszkodzenia fragmencie podłogi,
- 3) Zastosowane przez Odwołującego rozwiązanie umożliwiało włożenie pasażerowi ręki pomiędzy poszycie wewnętrzne, a oś napędu drzwi i w następstwie możliwe doznanie urazu.
- 4) Z uwagi na eksploatację tramwaju w tunelu, o czym Odwołujący wiedział, dostęp do dźwigni odblokowującej z jednej ze stron wagonu może być niemożliwy.
- 5) Doświadczenie Zamawiającego jednoznacznie wskazuje na konieczność stosowania dodatkowego dolnego zabezpieczenia prowadzenia drzwi (zaistniały wypadek w 2014 r.), na co Zamawiający zwracał na to uwagę już we wrześniu 2014 r.
- 6) Odwołujący zarzucał, że MPK zakwestionowało wysokość umieszczenia przycisków na płatach drzwi. Zamawiający nadal uważa, że przyciski są umieszczone za wysoko, ale nie domagał się wykonania zmiany położenia przycisku na płacie drzwi.
- 7) Odwołujący zarzucał, że MPK zakwestionowała, zbyt duże skomplikowanie procedury przywracania gotowości jazdy po chwilowym zaniku napięcia,

podczas gdy Pesa uważała zastosowany przez siebie tryb za prawidłowy. Zamawiający uważa, że w warunkach komunikacji miejskiej chwilowy zanik napięcia, z uwagi na dużą częstotliwość przejazdów tramwajów, nie powinien wymagać żadnych szczególnych czynności w tym przywracania gotowości jazdy tramwaju.

Zamawiający podkreślał, że nie były to zmiany oferty, lecz przyjętych rozwiązań wykonawczych.

Zamawiający twierdził, że rzeczywistą przyczyną opóźnień w dostawach tramwajów dla MPK było zaciągnięcie przez Odwołującego zbyt dużej liczby zobowiązań wynikających z zamówień, które Odwołujący przyjął do realizacji w latach 2013-2015 przy jednoczesnym braku możliwości technicznych, logistycznych i organizacyjnych do ich należytej realizacji. Przed podpisaniem umowy z Zamawiającym, Pesa podpisała umowy na dostawy około 170 pojazdów z pokrywającym się czasem wykonania dostaw, w tym takie umowy jak: umowa z dnia 21 marca 2013 r. z Tramwajami Warszawskimi sp. z o.o. na dostawę 45 tramwajów dwukierunkowych JAZZ - kontraktowy termin dostawy - 31 lipca 2014 r. do 31 maja 2015 r. (16 miesięcy na dostawę pierwszego tramwaju, 26 miesięcy - ostatni.), umowa z dnia 15 stycznia 2014 r. z Tramwajami Warszawskimi sp. z o.o. na dostawę 30 tramwajów jednokierunkowych JAZZ - kontraktowy termin dostawy - 28 lutego 2015 r. do 30 września 2015 r. (13 miesięcy na dostawę pierwszego tramwaju, 20 miesięcy - ostatni.).

Tabela zamówień udzielonych Odwołującemu przed podpisaniem umowy dostawy:

		Przedmiot umowy	Termin składania ofert	Data podpisania umowy	Kontraktowy termin dostawy
1	Tramwaje Warszawskie	dostawa 45 tramwajów dwukierunkowych JAZZ	22.11.2012	21.03.2013	31.07.2014-31.05.2015
2	Tramwaje Warszawskie	Dostawa 30 tramwajów jednokierunkowych JAZZ			
3	MZK Toruń	Dostawa 12 tramwajów SWING	21.08.2013	18.12.2013	30.09.2014-31.05.2015

4	PKPIC	Dostawa 20 DART	30.10.2013r.	23.05.2014	30.07.2015-30.10.2015
5	Koleje Małopolskie	Dostawa 2 lokomotyw elektrycznych + 22 wagonów	06.02.2014	15.04.2014	15.08.2015
6	Woj. Kujawsko-Pomorskie	Dostawa 5 sztuk ELF	24.05.2013	26.11.2013	26.05.2014-31.01.2015
7	Woj. Kujawsko-Pomorskie	Dostawa 4 dwuczłonowych DMU	26.02.2014	24.04.2014	30.06.2015-31.07.2015
8	Trenitalia	Dostawa 40+20 DMU ATR	28.01.2013r.	02.12.2013	11.11.2014-02.09.2015
9	Woj. Małopolskie	Dostawa 10 szt ACATUS PLUS	07.08.2013	18.10.2013r	31.08.2014-31.01.2015

Po podpisaniu umowy dostawy z WIPK, Odwołujący zawarł kolejne kontrakty na dostawę łącznie około 73 pojazdów szynowych.

Tabela zamówień udzielonych Odwołującemu po podpisaniu umowy dostawy:

1	Tramwaje Warszawskie	Dostawa 5 tramwajów dwukierunkowych	15.00.2014	30.05.2015-30.09.2015
2	MZK Toruń	Dostawa 4+2 tramwajów jednokierunkowych	08.04.2015	30.09.2015
3	MPK Wrocław	Dostawa 8 tramwajów TWIST	15.12.2014r	20.05.2015-15.11.2015
4	Tramwaj Fordon	Dostawa 12 tramwajów SWING	07.08.2014	25.10.2015-19.12.2015
5	MPK Łódź	Dostawa 22 tramwajów SWING	30.12.2014	15.11.2015
6	Woj. Pomorskie	Dostawa 10 DMU	02.09.2014	12.12.2014-12.05.2015
7	PKPIC	Dostawa 10 lokomotyw spalinowych GAMA		25.08.2015-30.10.2015
8	Koleje Wielkopolskie	Dostawa w formie dzierżawy 4 DMU	29.02.2015	11.03.2015-31.08.2015
9	Woj. Mazowieckie	Dostawa 1 autobusu szynowego	16.06.2015	10.12.2015-31.08.2015

10	Woj. Podkarpackie	Dostawa 1 autobusu szynowego	08.06.2015	30.11.2015
11	Koleje Dolnośląskie	Dostawa 4 dmu LINK	07.09.2015	26.10.2015
12	Woj. Świętokrzyskie	Dostawa 1szt. ACATUS	25.08.2015	29.02.2016
13	ASB Leasing	Dostawa 4 dmu 730M	31.07.2015	10.04.2016-20.05.2016

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący upatruje przyczyny opóźnienia z winy Zamawiającego w tym, że umowa dostawy została zawarta po upływie około 7 miesięcy od rozstrzygnięcia przetargu, pomijając zupełnie, że była to suwerenna decyzja Odwołującego i to w sytuacji, gdy posiadał on już zaciągnięte zobowiązania do zrealizowania dostaw 170 pojazdów. Pomimo tego Odwołujący podpisał umowę dostawy i zobowiązał się dostarczyć kolejne 36 tramwajów dla MPK. Mimo, że obecnie Odwołujący twierdzi, że tak późny termin zawarcia umowy uniemożliwił wywiązanie się z umowy w zakresie terminu dostaw, to nie powstrzymało go to przed zawieraniem kolejnych kontraktów zaciągnięciem zobowiązań na dostawy kolejnych 73 pojazdów. Niezależnie od dostaw, PESA zawarła również umowy na modernizację taboru, co sama wskazuje w dowodach załączonych do pozwu przed sądem arbitrażowym. Z powyższych danych wynika jasno, że celem Odwołującego było zgromadzenie jak największego portfela zamówień, co odbywało się kosztem jakości pojazdów i terminowości realizacji dostaw, a tym samym bez należytego zabezpieczenia interesów zamawiających.

Zamawiający wskazywał, że w piśmie do Urzędu Zamówień Publicznych z 4 września 2015r. Odwołujący wskazał: *„Przedłużająca się procedura w przedmiocie uzyskania przez Zamawiającego dofinansowania z Unii Europejskiej spowodowała, że Wykonawca nie mógł już dłużej ograniczać zakresu ubiegania się o nowe zamówienia, wobec czego postanowił realizować swoją działalność zgodnie z polityką firmy i pozyskiwać nowe kontrakty. Realizacja nowo pozyskanych zamówień wymagała kolejnej zmiany organizacji produkcji oraz alokacji zakupionych wcześniej komponentów”.*

Także w piśmie z 26 sierpnia 2016 r. skierowanym do Prezydenta Miasta Krakowa Odwołujący oświadczył, że w „2015 roku PESA realizowała szereg zamówień dofinansowywanych ze środków unijnych”. Natomiast w artykule

prasowym opublikowanych w dniu 1 lipca 2016 r. w internetowym wydaniu czasopisma „Rynek Kolejowy”, na który sam Odwołujący powołuje się w sprawie przed Sądem Okręgowym w Krakowie Wydział IX Gospodarczy sygn. akt IX GCo 182/16 rzecznik Odwołującego podał, że PESA poniosła starty wynikające z rezerw zawiązanych na potencjalne kary umowne. Wskazuje na okoliczności, w jakich działał Odwołujący w 2015 roku: *„kumulacja wielu zamówień jednocześnie pod koniec poprzedniej perspektywy unijnej, zmiany przepisów prawa utrudniające i przedłużające proces homologacji pojazdów Dart dla PKP Intercity, a co za tym idzie późniejsze odstawy, długi okres oczekiwania na podpisanie umowy z PKP IC na dostawę Dartów a jednocześnie krótki w porównaniu do innych dostawców czas realizacji oraz jeszcze dłuższy czas od wygrania przetargu na tramwaje dla Krakowa do uzyskania przez to miasto finansowania, w efekcie 7 miesięczne oczekiwanie na podpisanie umowy i rozpoczęcie produkcji, a potem walkę z czasem”*.

Zamawiający wskazywał, że podobne informacje znaleźć można w wielu artykułach prasowych, w których powtarzającym się motywem jest brak wystarczającego potencjału Pesa do realizacji wszystkich zobowiązań w wymaganym czasie i w związku z tym poważne ryzyko utraty dofinansowania przez zamawiających.

Z obserwacji pracowników Zamawiającego wynika, że Odwołujący pracował wykorzystując maksimum swoich możliwości produkcyjnych, nie zabezpieczając żadnego marginesu bezpieczeństwa na wypadek zdarzeń nie planowanych. Hale produkcyjnych były maksymalnie wypełnione. Produkowane pojazdy stały poza halami. Wewnątrz hal umieszczano pojazdy poza torami montażowymi, co jest niespotykane w standardowych procesach produkcyjnych. Aby sprostać potrzebom realizacji kontraktów powstała dodatkowa tymczasowa hala montażowa w postaci namiotu.

Z informacji uzyskanych od innych Zamawiających: Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego, Marszałka Województwa Podkarpackiego, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego oraz Kolei Mazowieckich - KM sp. z o.o., które udało się Zamawiającemu zgromadzić przed rozprawą, zdaniem Zamawiającego wynika, że Odwołujący zrealizował umowy zawarte w latach 2013-2015 z opóźnieniem.

Podnosił, że w związku z opóźnieniami oraz zagrożeniem realizacji Projektu, w ramach którego Zamawiający uzyskał dofinansowanie do zakupu tramwajów, Zamawiający uruchomił procedurę inspekcji przewidzianą w klauzuli 9 umowy dostawy. MPK oddelegowała do fabryki Odwołującego w Bydgoszczy grupę specjalistów, którzy kontrolowali tok produkcji, a następnie dokonywali odbiorów

technicznych. Ze względu na wagę kontraktu i powstałe zagrożenia fabrykę wizytowali również członkowie zarządu Zamawiającego. Podczas prowadzonych inspekcji stwierdzono między innymi: brak odpowiedniego nadzoru i egzekwowania tempa prac, brak podstawowych narzędzi dla pracowników, brak zachowania należytej jakości montażu i jego sprawdzania, nienależyte zabezpieczenie tramwaju, skutkujące uszkodzeniami w toku produkcji, braki materiałowe, spowalniające tempo produkcji, brak odpowiedniego dostępu dla pracowników pracujących przy produkcji tramwaju do dokumentacji technicznej tramwaju. Wszystkie stwierdzone przez inspektorów MPK okoliczności miały wpływ na opóźnienie w procesie produkcji oraz na pogorszenie jakości tramwajów. Brak należytej organizacji pracy, dostępu do narzędzi czy dokumentacji technicznej nie jest wynikiem negatywnych warunków pogodowych. Z kolei braki w dostawach części i podzespołów pochodzących od poddostawców mogą być wynikiem opóźnień w dostawach, ale nic nie potwierdza, aby było to konsekwencją wysokich temperatur. Bardziej uzasadnione jest uznanie, że to Odwołujący nie zapewnił w sposób należyty zaopatrzenia od podmiotów zewnętrznych, co wynika zarówno z pisma z dnia 7 października 2015 r. do UZP jak i z braku spełnienia zawartej w piśmie z dnia 1 października 2014 r. prośby Zamawiającego o podanie terminów zawarcia umów z dostawcami zespołów, układów, systemów i innych elementów. Prośba ta była podyktowana uzyskanymi na targach InnoTrans 2014 informacjami o braku zawartych kontraktów przez pozwaną, zapewniających dostawy dla celów realizacji umowy dostawy. Odwołujący ograniczył się do zapewnień, że dysponuje niezbędnymi umowami gwarantującymi realizację umowy zgodnie z harmonogramem, jednak umów tych oraz terminów ich zawarcia nie podała.

W piśmie przygotowawczym złożonym w sprawie przed Sądem Okręgowym w Krakowie Wydział IX Gospodarczy (sygn. akt IX GCo 182/16) Odwołujący wskazał, że w celu zminimalizowania opóźnień zmuszony był do zwiększenia zatrudnienia oraz korzystania z pracowników zewnętrznych. Na potwierdzenie tego Odwołujący przedłożył dokumentację dotyczącą współpracy z podmiotami zewnętrznymi: Krismar sp. z o.o. sp. kom.- umowa z dnia 30 czerwca 2014 r., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tarpol sp. z o.o. - umowa z 23 września 2014 r., Interio Bydgoszcz sp. z o.o. - umowa z dnia 31 lipca 2015 r., KTR sp. z o.o. - umowa z dnia 11 sierpnia 2015 r. i MPK Łódź sp. z o.o.- umowa z 4 września 2015 r.

Jak wynika z przykładów wskazanych przez samą Pesę jako działania wymuszone przez powstałe opóźnienia, żadnej z tych umów (za wyjątkiem umowy z MPK Łódź sp. z o.o.) - zdaniem Zamawiającego - nie można powiązać z

ograniczeniem w dostawach energii elektrycznej. Można jednak zakładać, że pospieszny nabór dużych grup pracowniczych, nie mających doświadczenia w pracy w strukturach Odwołującego mógł doprowadzić do chaosu organizacyjnego, co było widoczne dla kontrolerów Zamawiającego podczas procesu produkcji.

Zamawiający twierdził, że brak realizacji umowy zgodnie z harmonogramem w początkowym okresie spowodował kumulację dostaw w ostatnich czterech miesiącach roku 2015, kiedy została zrealizowana przeważająca większość dostaw. Produkcja wagonów tramwajowych w tak krótkim czasie wiązała się z ogromnym pośpiechem, a co za tym idzie, z brakiem osiągnięcia należytego standardu wykonania pojazdów. Zamawiający otrzymał finalnie gorszy produkt. O braku należytej staranności wykonania tramwajów, skutkującej dostarczeniem gorszej jakości tramwajów świadczą nie tylko liczne uwagi zgłaszane na etapie odbiorów, ale przede wszystkim niespotykana dotąd liczba wad, które nie były możliwe do wykrycia podczas odbiorów, lecz ujawniały się już od pierwszych dni eksploatacji. W okresie roku, od września 2015 r. do listopada 2016 r., Zamawiający zgłosił w ramach procedury gwarancyjnej ponad 1700 reklamacji dostarczonych przez Odwołującego wagonów. Usterki zgłaszane następnie do naprawy w ramach gwarancji jakości powodowały awarie lub nawet zatrzymania podczas jazdy na linii. Zatrzymania powodują brak kursowania lub opóźnienia w kursowaniu tramwajów na linii. Dla porównania należy wskazać, że awaryjność tramwajów NGT2014 „Krakowiak” jest o wiele wyższa niż awaryjność podobnej klasy tramwajów NGT8, nabytych przez Zamawiającego w okresie od czerwca 2012 do kwietnia 2013 r.

Kolejną negatywną konsekwencją opóźnienia i kumulacji dostaw w dwóch ostatnich miesiącach 2015 r. były trudności w zorganizowaniu odbiorów przez Zamawiającego. Ze względu na posiadane warunki infrastrukturalne Zamawiający zastrzegł w SIWZ, iż dostawy realizowane będą sukcesywnie według sporządzonego przez Pesa harmonogramu, przy założeniu, że odbiorom końcowym podlegać będą nie więcej niż dwa wagony tygodniowo. Tymczasem Odwołujący w okresie do 30 października 2015 r. dostarczył 6 tramwajów, natomiast w samym listopadzie 16 tramwajów i w grudniu 2015 r. -14 tramwajów, co rażąco przekraczało liczbę dwóch tramwajów tygodniowo.

Zamawiający wskazywał również na rażące naruszenie obowiązku informacyjnego, wprowadzanie Zamawiającego w błąd.

Zgodnie z obowiązkiem opisanym w klauzuli 20.3 Umowy Dostawy, jeśli w jakimkolwiek momencie w trakcie wykonywania Umowy, Dostawca lub Podwykonawca(-y) napotkają na warunki utrudniające terminową dostawę Towarów i wykonywanie Usług powiązanych, Dostawca niezwłocznie powiadomi Nabywcę na piśmie o zaistnieniu opóźnienia, jego prawdopodobnym czasie trwania i jego przyczynie(-ach). Najszybciej kiedy to będzie wykonalne po otrzymaniu zawiadomienia od Dostawcy, Nabywca oceni sytuację i ma prawo według swego uznania przedłużyć czas potrzebny Dostawcy na wykonanie zobowiązań, za odszkodowaniem lub bez, a przedłużenie takie zostanie zatwierdzone przez strony na drodze zmiany Umowy.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący przez cały okres realizacji umowy dostawy w sposób rażąco naruszał ciężący na nim obowiązek informacyjny. Począwszy od momentu zawarcia umowy, gdzie zaciągnął zobowiązanie do wykonania umowy w terminie do dnia 15 września 2015 r. przez przedstawienie harmonogramu dostaw, zapewniania, że dostawy pojazdów będą realizowane zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznik nr 3 do umowy dostawy oraz że terminy dostaw zespołów, układów, systemów i elementów niezbędnych do budowy tramwajów zostały zagwarantowane w zamówieniach i umowach z ich dostawcami.

Zamawiający wskazywał, że pomimo upływu terminów wynikających z harmonogramu rzeczowo - terminowego stanowiącego załącznik nr 3 do umowy dostawy, Odwołujący nie dostarczył Zamawiającemu ani w maju ani w czerwcu 2015 r. żadnych wagonów tramwajowych., nie informując jednocześnie o przyczynach opóźnienia oraz szacowanym czasie jego trwania.

W rozmowach z Zamawiającym, który na bieżąco monitorował postęp w wykonaniu umowy dostawy, przedstawiciele Odwołującego regularnie składali zapewnienia, że pomimo niedotrzymania terminów częściowych na dostawę poszczególnych wagonów, termin końcowy wykonania zamówienia, przypadający na dzień 15 września 2015 r. zostanie dotrzymany. Pierwsze sygnały o możliwości niedotrzymania przez Odwołującego końcowego terminu wykonania dostaw dotarły do Zamawiającego pośrednio, poprzez harmonogram z dnia 26 czerwca 2015 r., przekazany przez Pesę Prezydentowi Miasta Krakowa. Z terminów planowanych dostaw, wskazanych w tym harmonogramie, wynikało, że Pesa już wtedy zakładała około dwumiesięczne opóźnienie w dostawach. Był to harmonogram przygotowany wyłącznie przez Odwołującego bez wiedzy i akceptacji Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający nigdy nie otrzymał od Pesy tego harmonogramu, nie został też w żaden inny sposób powiadomiony o przewidywanych przez Pesę opóźnieniach.

Z uwagi na narastające opóźnienie w dostawach (na dzień 2 sierpnia 2015 r. Pesa pozostawała w zwłoce z dostawą 24 sztuk wagonów tramwajowych) i zgłaszane w związku z tym przez Zamawiającego zaniepokojenie, Prezydent Miasta Krakowa w dniu 7 sierpnia 2015 r. wystosował do Pesy pismo wzywając Odwołującego do podjęcia stosownych działań w celu zniwelowania istniejącego opóźnienia.

Od powzięcia informacji o zagrożeniu niedotrzymaniem końcowego terminu wykonania umowy dostawy, Zamawiający w sposób szczególnie dokładny monitorował przebieg wykonywania przez Pesę przedmiotu zamówienia, jak również sam zaangażował się w działania naprawcze.

Dopiero w piśmie z dnia 6 października 2015 r., czyli po upływie umownego terminu zakończenia dostaw, Odwołujący udzielił informacji o występujących opóźnieniach w dostawach tramwajów. Odwołujący zadeklarował wykonanie 50 % umowy w terminie do 17 listopada 2015 r. a zakończenie dostaw wagonów - do dnia 23 grudnia 2015 r.

Zamawiający twierdził, że realizacja obowiązku informacyjnego miała niezwykle doniosłe znaczenie dla Zamawiającego, który udzielał Odwołującemu zaliczek na realizację dostaw podzespołów, które to zaliczki były finansowane ze środków unijnych. Wymagało to odpowiedniego planowania, wnioskowania a następnie rozliczania zaliczek. Ze względu na powstałe opóźnienia i brak informacji Zamawiającemu groził obowiązek zwrotu pobranych zaliczek wraz z odsetkami.

Zamawiający wskazywał, że zarówno opóźnienie, gorszy standard jakościowy dostarczonych pojazdów jak i brak należytej realizacji obowiązku informacyjnego skutkowało powstaniem szkody w majątku Zamawiającego. Tytułem przykładu można wymienić następujące szkody majątkowe, których doznał Zamawiający:

- 1) koszt przedwcześnie wykorzystanego kredytu bankowego,
- 2) nierealizowanie planowanych zadań w zakresie modernizacji i napraw eksploatowanego taboru,
- 3) wyższe koszty eksploatacyjne związane z koniecznością użytkowania starego taboru,
- 4) utrata przychodów z tytułu świadczonych usług tramwajowych w latach 2016-2017.

Zamawiający podkreślał, że obok szkód majątkowych MPK poniosła szkody o charakterze niemajątkowym w zakresie np. wizerunku rzetelnej i niezawodnej firmy

transportowej, oraz posiadanego zaufania społecznego firmy przyjaznej mieszkańcom i dbającej o środowisko.

1. Koszt przedwcześnie wykorzystanego kredytu bankowego.

Obok wkładu unijnego, źródłem finansowania był kredyt w Europejskim Banku Inwestycyjnym (dalej: „EBI”). Kolejną negatywną konsekwencją zwłoki Odwołującego była szkoda, jaką Zamawiający poniósł na operacji finansowej związanej z kredytowaniem przez EBI.

Według harmonogramu Pesy z dnia 26 czerwca 2015 r., przekazanego Prezydentowi Miasta Krakowa (załącznik nr 29), Odwołujący zapewnił dostawy generujące konieczność następujących płatności:

- 1) do dnia 18 października 2015 r. miało być zapłacone łącznie 12 wagonów,
- 2) do dnia 6 listopada 2015 r. miało być zapłacone łącznie 19 wagonów,
- 3) do dnia 10 listopada 2015 r. miało być zapłacone łącznie 21 wagonów.

Z powyższych powodów w dniu 2 września 2015 r. został wysłany do EBI wniosek o wpłatę kredytu (formularz C1). Ze względu na procedurę wypłaty transzy kredytowej i konieczność ustanawiania zabezpieczenia wymagane było działanie z odpowiednim wyprzedzeniem. W dniu 17 września 2015 r. na rachunek MPK wpłynęła transza kredytu w wysokości 92 000 000 zł.

W dniu 18 września 2015 r. nastąpiła zapłata za 1 wagon (w tym kredyt EBI 2 321 830 zł), w dniu 21 października 2015 r. - zapłata za 2 wagon (w tym kredyt EBI 816 000 zł). Płatność za 3 wagon zrealizowana dopiero w dniu 10 listopada 2015 r., czyli 54 dni po wypłacie kredytu przez EBI.

Dysponując przed dniem 2 września 2015 r. informacją, zamieszczoną w harmonogramie budowy tramwajów Kraków z dnia 25 września 2015 r., MPK dowiedziałyby się, że Pesa planuje dostarczyć 3 wagon dopiero w dniu 6 października 2015 r., czyli wymagalność zapłaty przypadałaby na dzień 6 listopada 2015 r.

Ponieważ pierwsze dwa wagony, które były finansowane kredytem EBI w wysokości 3 137 830 zł MPK byłaby w stanie sfinansować ze środków własnych, a kolejne zapłaty ruszyłyby dopiero od 6 listopada 2015 r., to MPK mogłaby zaciągnąć kredyt z EBI w dniu 6 października 2015 r. (tj. 50 dni później) w minimalnej transzy, wymaganej przez EBI tj. 30 mln zł.

Z uwagi na dalsze opóźnienia w projekcie, kolejne dwie transze mogłyby być pociągnięte 18 grudnia 2015 r. (30 min zł) i 30 grudnia 2015 r. (32 min zł). Takie działania ze strony MPK obniżyłyby koszty finansowe kredytu EBI.

Zdaniem Zamawiającego gdyby więc Odwołujący rzetelnie realizował obowiązek informacyjny, Zamawiający mógłby uniknąć szkody w wysokości odsetek od pobranych a nie wykorzystanych kwot kredytu w wysokości 543 2002,63 zł.

2. Nierealizowanie planowanych zadań w zakresie modernizacji i napraw eksploatowanego taboru

Zamawiający wskazywał, że wskutek opieszałości Odwołującego w realizacji zamówienia będącej, wynikiem zbyt dużej ilości zamówień przyjętych do zrealizowania, Zamawiającemu groziła poważna szkoda w postaci obowiązku zwrotu środków pochodzących z funduszy europejskich wraz z odsetkami od daty ich przekazania. Zagrożenie utratą dofinansowania i obowiązkiem zwrotu wypłaconych kwot z odsetkami było realne i bardzo poważnie brane pod uwagę przez Zamawiającego, który rozważał różne warianty działania oraz sposoby zminimalizowania powstałego zagrożenia. Między innymi podjął takie działania, jak wysłanie wzmocnionej grupy inspektorów, łącznie z zaangażowaniem Zarządu Zamawiającego w kontrolę na miejscu produkcji. Wyraził on również zgodę na wnioski grupy wysokokwalifikowanych specjalistów zatrudnionych u Zamawiającego o udzielenie im urlopów bezpłatnych, w celu podjęcia czasowego zatrudnienia przy produkcji pojazdów w fabryce Pesy.

Zamawiający podnosił, że priorytetem było zminimalizowanie zagrożenia nie zrealizowania projektu unijnego, dlatego wyraził zgodę na urlopy bezpłatne dużej grupy wykwalifikowanych pracowników, jednak wiązało się to równocześnie ze znacznym ograniczeniem własnego potencjału kadrowego w stosunkowo długim czasie, co wywołało negatywne konsekwencje dla Zamawiającego w innych obszarach. MPK z powyższych przyczyn nie zrealizowała planowanych zadań w zakresie modernizacji i napraw eksploatowanego taboru w zakresie regeneracji posiadanych wagonów tramwajowych oraz części do tramwajów.

3. Wyższe koszty eksploatacyjne związane z koniecznością użytkowania starego taboru

Zamawiający wyjaśniał, że nowe tramwaje są wprowadzane od razu do ruchu w komunikacji miejskiej. Zapewniają one nie tylko większy komfort podróżowania, ale ich eksploatacja jest znacznie tańsza niż utrzymanie i eksploatacja starego taboru. Nowe tramwaje miały zastąpić stary tabor, który miał zostać wycofany z eksploatacji. Kilkumiesięczne opóźnienie spowodowało konieczność ponoszenia wyższych kosztów eksploatacji w dłuższym okresie, ale też konieczność nieplanowanego remontu starego taboru.

4. Utrata przychodów z tytułu świadczonych usług tramwajowych w latach 2016 - 2017

Zamawiający wyjaśniał, że wprowadzenie do majątku nowego taboru tramwajowego do dnia 15 września 2015 r. miało istotne znaczenie z punktu widzenia waloryzacji stawki przewozowej, którą MPK obciąża organizatora transportu publicznego w Krakowie. Zgodnie z zawartą umową o świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej (§ 4 ust. 8-10), waloryzacja stawki wynagrodzenia za jeden pociągokilometr następuje co roku we wrześniu, z mocą obowiązującą od pierwszego stycznia każdego następnego roku obowiązywania umowy. Corocznej waloryzacji podlega stawka za jeden pociągokilometr obowiązująca we wrześniu danego roku. Waloryzacja obliczana jest jako iloczyn części składowej stawki wynagrodzenia za jeden pociągokilometr i właściwego wskaźnika waloryzacji. Wskaźniki waloryzacji i kalkulacja bazowej stawki pociągokilometra określone są w załączniku nr 9 do umowy. Jednym ze wskaźników waloryzacji jest koszt amortyzacji taboru. Ze względu na brak dostaw i wprowadzenia do majątku trwałego Zamawiającego tramwajów dostarczanych w ramach Umowy Dostawy koszt amortyzacji tramwajów zamówionych u Odwołującego nie został uwzględniony w stawce na kolejne lata świadczenia usług. Brak uwzględnienia kosztu amortyzacji spowodował uszczuplenie przychodów z tytułu świadczonych usług tramwajowych w latach 2016 - 2017 o 5 365 772,82 zł.

Zamawiający twierdził, że podstawą prawną wykluczenia jest art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, który stanowi, iż Zamawiający może postanowić o wykluczeniu wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub

rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Pojęcie obowiązków zawodowych należy odnosić do wykonawcy jako podmiotu. Naruszenie obowiązków, mające charakter poważnego naruszenia, obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm etycznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Jednym z przypadków poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, uregulowanym ustawowo, jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego, popełnione w wyniku zawinionego działania wykonawcy lub rażącego niedbalstwa.

Wprowadzona w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp podstawa wykluczenia stanowi wyraz implementacji artykułu 57 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zatytułowany „Podstawy wykluczenia”, który stanowi w ust. 4:

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

(...)

c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość;

(101) Ponadto instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych lub społecznych, w tym przepisów dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych, lub innych form poważnych wykroczeń zawodowych, takich jak naruszenie reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej. Należy sprecyzować, że poważne wykroczenie zawodowe może poddać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy dany

wykonawca posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia.

Mając na uwadze fakt, że instytucja zamawiająca będzie odpowiadać za skutki swojej ewentualnie błędnej decyzji, instytucje zamawiające powinny również zachować możliwość uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego, gdy - przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia - mogą one wykazać za pomocą dowolnych środków, że dany wykonawca naruszył swoje obowiązki, w tym obowiązki dotyczące płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, chyba że przepisy krajowe stanowią inaczej. Instytucje te powinny także mieć możliwość *wykluczenia* kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy.

Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.

Ustawa nakazuje uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów.

Zdaniem Zamawiającego zgromadzone dowody wskazują w sposób nie budzący wątpliwości, że podawane przez Odwołującego przyczyny opóźnienia nie zasługują na uwzględnienie.

Sam fakt opóźnienia w dostawach jest okolicznością bezsporną i stanowi przejaw nienależytego wykonania umowy.

W myśl art. 476 Kodeksu cywilnego (dalej: „k.c.”) dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

O należyтым wykonaniu zobowiązania można mówić, m.in. gdy spełnienie świadczenia następuje w odpowiednim terminie. Termin ten przede wszystkim określa treść zobowiązania. Skutek uchybienia terminowi następuje *ipso iure* i przybiera postać albo zwłoki, albo opóźnienia, w zależności od tego, czy dłużnik za taki stan rzeczy odpowiada lub też nie odpowiada. Oceny, czy chodzi o okoliczności, za które dłużnik ewentualnie odpowiada, dokonuje się zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Zamawiający podnosił, że formuła art. 476 k.c. jest tego rodzaju, że dłużnika obciąża domniemanie prawne, iż nie dotrzymując terminu, pozostaje w zwłoce, nie zaś w opóźnieniu *sensu stricto*. W związku z tym wierzyciel nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik odpowiada. Ma natomiast wykazać, że termin wykonania zobowiązania bezskutecznie minął.

W ocenie Zamawiającego wskazywane przez Odwołującego powody opóźnienia są niewiarygodne. Bezsporne jest, że Odwołujący w latach 2014 - 2015 zdobył znakomitą większość zamówień na dostawy pojazdów szynowych na rynku krajowym, co sam powołuje w pismach procesowych w innych postępowaniach. Posiadał również duże zamówienia na dostawy zagraniczne. Niedotrzymanie terminu wykonania umowy miało miejsce nie tylko w przypadku Zamawiającego, ale również w innych umowach. Powyższe okoliczności zaciągnięcia zobowiązania na dostawę 36 wagonów tramwajowych dla Zamawiającego wobec bez uwzględnienia realnych możliwości realizacji tej umowy w umówionym terminie, zaciąganie kolejnych zobowiązań z innymi kontrahentami pomimo braku odpowiedniego potencjału umożliwiającego terminowe wywiązanie się z zobowiązań, co spowodowało opóźnienie dostaw, pośpiech skutkujący brakiem należytej organizacji

produkcji i staranności wykonania tramwajów wynikający z potrzeby zrealizowania w jednym czasie kilkuset zamówień na dostawy pojazdów szynowych, a w końcu brak rzetelnego informowania Zamawiającego co do terminów dostaw stanowią przejaw rażącego i zawinionego niedopełnienia obowiązków kontraktowych Odwołującego, spełniających przesłanki opisane w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp jako zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Zdaniem MPK Odwołujący p nie udowodnił w żaden sposób, aby wprowadził jakiegokolwiek środki dostosowawcze mające na celu naprawę wszelkich naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania.

W dniu 25 listopada 2016 r. do Izby, ze strony wykonawcy Konsorcjum Stadler, wpłynęło pismo, zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 28 listopada 2016 r. do Izby, ze strony wykonawcy Skoda, wpłynęło pismo, zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W ramach prowadzonego postępowania odwoławczego do Izby wpłynęły następujące pisma:

1. pismo procesowe Odwołującego z dnia 2 grudnia 2016 r.,
2. pismo Odwołującego z dnia 9 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami.,
3. pismo Odwołującego z dnia 14 grudnia 2016 r., zawierające wniosek o wyłączenie jawności rozprawy, a także stanowisko w sprawie wniosku o rejestrowanie przebiegu rozprawy;
4. pismo Odwołującego – replika na odpowiedź na odwołanie - z dnia 14 grudnia 2016 r.
5. pismo Odwołującego - replika na odpowiedź na odwołanie (cd) – z dnia 15 grudnia 2016 r.
6. pismo Odwołującego – replika na odwołanie część 3 - z dnia 15 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami;
7. pismo Odwołującego z dnia 29 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami;
8. pismo Odwołującego z dnia 23 stycznia 2017 r. wraz z załącznikami;
9. odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami;

- 10.pismo Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami;
- 11.pismo Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2016 r.;
- 12.dwa pisma Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2017 r. wraz z załącznikami;
- 13.pismo procesowe Konsorcjum Stadler z dnia 4 grudnia 2016 r.
- 14.pismo procesowe Konsorcjum Stadler z dnia 29 grudnia 2016 r.
- 15.wniosek Konsorcjum Stadler z dnia 30 grudnia 2016 r. o sprostowanie treści protokołu z dnia 16 grudnia 2016 r.
- 16.pismo procesowe Konsorcjum Stadler z dnia 24 stycznia 2017 r.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, złożone dowody, pisma oraz stanowiska i oświadczenia stron, a także uczestników postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w dniu 17 sierpnia 2016 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych.

W specyfikacji w rozdziale IV w pkt 2 Zamawiający wskazał, że przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1-4 Pzp.

W ramach postępowania, w terminie składnia ofert (24 października 2016 r.) - złożone zostały 4 oferty, tj. przez Odwołującego, Konsorcjum Stadler, wykonawcę NEWAG S.A. oraz wykonawcę Skoda.

W dniu 10 listopada 2016 roku Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp poinformował Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp.

W informacji o wykluczeniu Pesa z postępowania Zamawiający wskazał, że „w toku badania oferty stwierdzono, że Wykonawca nie złożył wraz z ofertą oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20 i art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 3, 4 ustawy Pzp. Mając na uwadze realizację umowy RE140190 zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Pesa stwierdzono również, że wykonawca podlega wykluczeniu z ubiegania się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Biorąc pod uwagę charakter wykluczenia Zamawiający odstępuje od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia braków w oświadczeniu własnym złożonym w formie jednolitego dokumentu (JEDZ) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż oferta Wykonawcy pomimo ich uzupełnienia podlega odrzuceniu”.

W treści uzasadnienia faktycznego i prawnego ww. pisma Zamawiający wskazał m. in.:

„Wykonawca PESA, realizował dla Zamawiającego umowę o zamówienie publiczne nr RE 140190 z dnia 3 lipca 2014 r., której przedmiotem była „Dostawa trzydziestu sześciu fabrycznie nowych niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych wraz z dostawami i usługami powiązanymi”.

Termin wykonania umowy określony został na dzień 15 września 2015r. Umowa została wykonana z opóźnieniem dopiero w dniu 30 grudnia 2015r.

Zarówno sam fakt zaistnienia opóźnienia, jak również nierzetelny sposób informowania Zamawiającego o stanie realizacji umowy i istniejącym zagrożeniu wystąpienia zwłoki oraz jej powodach stanowi przypadek ciężkiego zawinionego naruszenia przez Wykonawcę obowiązków zawodowych, co Zamawiający jest w stanie udowodnić za pomocą stosownych środków dowodowych. Wykonawca nie podjął środków, które byłyby wystarczające do wykazania jego rzetelności. Przeciwnie, pozostaje w sporze z Zamawiającym co do zasadności naliczenia kar umownych, wykorzystał okres prowadzenia rozmów ugodowych, w czasie którego Zamawiający wstrzymał się z realizacją zabezpieczenia należytego wykonania umowy w celu podjęcia próby sądowego zniweczenia prawa Zamawiającego do skorzystania z przysługującego mu umownego prawa do realizacji wypłaty z gwarancji ubezpieczeniowej.

Sposób realizacji przez Wykonawcę umowy RE 140190 poddaje w wątpliwość uczciwość Wykonawcy a przez to nie daje gwarancji, że będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy posiada poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

W toku postępowania odwoławczego toczącego się przed Izłą wykonawca Pesa złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek, wskazanych w specyfikacji postępowania w jakimkolwiek zakresie.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego:

1. Dokumentację prowadzonego postępowania przesłaną do Izby przez Zamawiającego.
2. Dowody złożone przez Odwołującego, stanowiące załączniki do:
 - pisma z dnia 2 grudnia 2016 r., w postaci:
 - Pozwu PESA z dnia 21.10.2016 r., złożonego do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej wraz z załącznikami,
 - pisma z dnia 15 grudnia 2016 r., w postaci:
 - Analizy procesu produkcji,
 - Prezentacji Szkolenia Pracowników,
 - Fotografii z linii produkcyjnej,
 - pisma z dnia 29 grudnia 2016 r., w postaci:
 - Odpowiedzi Pesa na pozew MPK z dnia 23.12.2016 r. wraz z załącznikami, które wcześniej nie zostały dołączone do pozwu Pesa z dnia 21.10.2016 r., złożonego do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej,
 - Zestawienia złożonych zamówień;
 - Opinii prawnej dr P. N. z dnia 31.08.2015 r.;
 - Oświadczenia PESA wraz z załącznikami, dotyczącego środków podjętych przez Pesa w celu wykazania jej rzetelności;

- Oświadczenia Prezesa Zarządu Pesa;
- pisma z dnia 23 stycznia 2017 r., w postaci:
- Zestawienia spotkań PESA – MPK Kraków;
 - Dokumentacji ze spotkań PESA MPK Kraków;
 - Oświadczenia Dyrektora Planowania i Produkcji Pesa.
3. Dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy:
- Tabela zatrudnienia w Pesa w 2015 r. w ujęciu porównawczym,
 - Wykaz złożonych zamówień na dzień 13.10.2014 r.
 - Zestawienie umów logistycznych zawartych przez Pesa z poddostawcami do 13.10.2014 r. wraz wyciągami z wybranych umów.
 - Oświadczenie z dnia 14 grudnia 2016 r. podpisane przez Kierownika Komunikacji Miejskiej;
 - Oświadczenie z dnia 18 stycznia 2017 r. podpisane przez Z-cę Szefa Nadzoru Majątkowego Głównego Specjalistę do spraw energetycznych Pesa;
 - Oświadczenie z dnia 18 stycznia 2017 r. podpisane przez Szefa Zarządzania Jakością i Środowiskiem Pesa.
4. Dowody złożone przez Zamawiającego stanowiące załączniki do:
- odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 grudnia 2016 r. - załączniki od nr 1 do nr 114:
1. wniosek Pesa z dnia 22 sierpnia 2016r. do Sądu Okręgowego w Krakowie Wydział IX Gospodarczy (sygn. akt IXGCo 182/16) o udzielenie zabezpieczenia przed wniesieniem powództwa;
 2. Postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie Wydział IX Gospodarczy (sygn. akt IXGCO 182/16) z dnia 25 sierpnia 2016 r.;
 3. Wniosek PESA do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy (sygn. akt VIIIIGCo 62/16) o udzielenie zabezpieczenia roszczenia niepieniężnego SO (bez załączników);
 4. Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy (sygn. akt VIII GCo 62/16) 17 sierpnia 2016 r.;

5. Pozew Pesa przeciwko MPK złożony w dniu 21 października 2016 r. do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie sygn. akt SA 115/16 (bez załączników);
6. Pozew MPK przeciwko Pesa złożony w dniu 24 października 2016 r. do Sądu Okręgowego w Krakowie IX Wydział Gospodarczy sygn. akt IX GC 1083/16;
7. Formularz JEDZ złożony przez Pesa w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Spółka z o. o. pod nazwą Dostawa wraz z serwisem gwarancyjnym tramwajów niskopodłogowych (AL 311/2016);
- 7A Pismo *Zamawiającego* z dnia 18 stycznia 2016 r.;
- 7B Pismo *Zamawiającego* z dnia 9 sierpnia 2016 r.;
- 7C Pismo *Pesa* z dnia 17 sierpnia 2016 r.;
- 7D Pismo *Pesa* z dnia 30 sierpnia 2016 r.;
- 7E Pismo *Zamawiającego* z dnia 12 września 2016 r.;
8. Ogłoszenie z dnia 9 grudnia 2013 r. o wyborze oferty Pesa;
9. Pismo MPK do Pesa z dnia 9 grudnia 2013 r.;
10. Umowa o Dofinansowanie w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 „Poprawa funkcjonowania krakowskiego transportu miejskiego przez zakup niskopodłogowego taboru tramwajowego oraz rozbudowę systemu Krakowskiej Karty Miejskiej wraz załącznikiem nr 3 (Harmonogram Realizacji Projektu i Plan Finansowania Projektu) wraz z aneksem nr 1;
11. Pismo Pesa z dnia 20 grudnia 2013 r.;
12. Pismo Pesa z dnia 5 lutego 2014 r.;
13. Pismo Pesa z dnia 5 marca 2014 r.;
14. Pismo Pesa z dnia 15 maja 2014 r.;
15. Pismo Pesa z dnia 26 czerwca 2014 r.;
16. Umowa nr RE 140190 z dnia 3 lipca 2014 r. wraz z załącznikami i dokumentami tworzącymi umowę:
 - Załącznik nr 1 wzory protokołów odbioru,
 - Załącznik nr 2 Specyfikacja istotnych Warunków Zamówienia - tekst jednolity ze zmianami (09.12.2013 r.),
 - Załącznik nr 3 Harmonogram dostaw i wykonania usług powiązanych,
 - Załącznik nr 4 Formularz reklamacyjny,
 - Formularz *oferty* wraz z załącznikami składającymi się na ofertę przetargową,
 - Specyfikacja Techniczna Tramwaju;
17. Aneks nr 1 do umowy dostawy z dnia 2 października 2014 r.;
18. Aneks nr 2 do umowy dostawy z dnia 30 marca 2015 r.;
19. Aneks nr 3 do umowy dostawy z dnia 26 czerwca 2015 r.;
20. Pismo *Zamawiającego* z dnia 1 października 2014 r.;

21. Pismo *Odwołującego* z dnia 13 października 2014 r.;
22. Korespondencja mailowa w dniach 5-8 grudnia 2014 r.;
23. Pismo MPK z dnia 23 stycznia 2015 r.;
24. Pismo Pesy z dnia 27 stycznia 2015 r.;
25. Pismo Pesy z dnia 24 lutego 2015 r.;
26. Pismo Pesy z dnia 16 marca 2015 r.;
27. Zaświadczenie mBank SA. z dnia 16 marca 2015 r.;
28. Zaświadczenie mBank S.A. z dnia 16 czerwca 2015 r.;
29. Harmonogram dostaw z 26 czerwca 2015 r.;
30. Pismo Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 7 sierpnia 2015 r.;
31. Korespondencja mailowa z dnia 6 sierpnia 2015 r. dotycząca zawarcia umowy pomiędzy pozwaną a KTR;

32. Umowa z dnia 11 sierpnia 2015 r. zawarta pomiędzy Pesą a KTR wraz z aneksem;
33. Umowa zawarta pomiędzy KTR a pracownikiem MPK;
34. Wykaz pracowników *Zamawiającego*, którzy w czasie urlopów bezpłatnych pracowali przy budowie tramwajów w fabryce *Odwołującego*;

35. Pismo *Odwołującego* z dnia 12 sierpnia 2015 r.;

36. Informacja na temat planu ograniczeń poboru energii;

37. Pismo *Odwołującego* do Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 września 2015 r. (załącznik nr 37 do Pozwu Pesa przeciwko MPK złożonego w dniu 21 października 2016 r. do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie sygn. akt SA 115/16);
38. Pismo *Odwołującego* do Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 września 2015 r. (załącznik nr 39 do Pozwu Pesa przeciwko MPK złożonego w dniu 21 października 2016r. do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie sygn. akt SA 115/16);
39. Pismo *Odwołującego* do Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2015 roku (załącznik nr 42 do Pozwu Pesa przeciwko MPK złożonego w dniu 21 października 2016 r. do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie sygn. akt SA 115/16);
40. Pismo *Zamawiającego* z dnia 30 września 2015 r.;
41. Korespondencja mailowa z okresu październik - listopad 2015 r. (sprawozdania z kontroli produkcji);
42. Pismo Prezydenta Miasta Krakowa do PESA z dnia 2 października 2015 r.;
43. Pismo *Odwołującego* do Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 6 października 2015 r.;
44. Protokoły odbioru końcowego 36 wagonów;

45. Pismo *Zamawiającego* z dnia 5 stycznia 2016 r.;
46. Pismo *Pesy* z dnia 12 stycznia 2016 r.;
47. „Ekspertyza Techniczna - Wpływ następstw wysokich temperatur na realizację umowy w zakresie dostaw tramwajów typu 2014N dla MPK S.A. w Krakowie" autorstwa instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa Zakładu Komunikacji Miejskiej w Warszawie;
48. „Opinia techniczna dotycząca opóźnień w dostawie wagonów PESA typu 2014N" opracowana przez zespół ekspertów z instytutu Pojazdów Szynowych Wydziału Mechanicznego Politechniki Krakowskiej;
49. Wezwanie do zapłaty z dnia 30 sierpnia 2016 r.;
50. Potwierdzenie transakcji z dnia 14 września 2016 r.;
51. Pismo MPK z dnia 17 listopada 2016 r. do Newag SA.;
52. Pismo MPK z dnia 17 listopada 2016 r. do Stadler Polska Sp. z o. o.;
53. Pismo MPK z dnia 17 listopada 2016 r. do Solaris Sus &Coach SA.;
54. Pismo Newag SA. z dnia 25 listopada 2016 r.;
55. Pismo Stadler Polska Sp. z o. o. z dnia 24 listopada 2016 r.;
56. Pismo Solaris 8us & Coach S.A. z dnia 29 listopada 2016 r.;
57. Notatka z 17.07.2014 r.;
58. Notatka z 16.10.2014 r.;
59. Notatka z 13.11.2014 r.;
60. Projekt rozmieszczenia kamer monitoringu z dnia 29 stycznia 2015 r.;
61. Notatka z 9.02.2015 r.;
62. Notatka z 13.02.2015 r.;
63. Projekt rozmieszczenia kamer monitoringu z dnia 19 lutego 2015 r.;
64. Notatka z 19.02.2015 r.;
65. Wyciąg z oferty Pesa strona 76 SIWZ pkt. B.II.1.19;
66. Notatka z 15.01.2015 r.;
67. Notatka z 22.01.2015 r.;
68. Proponowana zabudowa pulpitu manewrowego z dnia 5.12.2014 r.;
69. Proponowana zabudowa pulpitu manewrowego z dnia 23.12.2014 r.;
70. Notatka z 29.12.2014 r.;
71. Notatka z 18.04.2015 r. pkt 4 i 5;
72. Wydruk notatki z dnia 29.06.2015 r. zamieszczonej w przestrzeni elektronicznej MPK - witrynie Projektu „Krakowiak”;
73. Wydruk notatki z dnia 30.06.2015 r. zamieszczonej w przestrzeni elektronicznej MPK - witrynie Projektu „Krakowiak”;
74. Wydruk notatki z dnia 06.07.2015 r. zamieszczonej w przestrzeni elektronicznej MPK - witrynie Projektu „Krakowiak”;
75. Wyciąg z oferty Wykonawcy zał. nr 8 pkt. B.II.6;
76. Wyciąg z oferty Wykonawcy zał. nr 8 pkt. B.II. 14.4;
77. Pismo MPK do Pesy z 10.08.2015 r. nr EO-513-9/15 w sprawie zasady działania

- czuwaka w tramwaju 2014N Krakowiak;
78. Wyciąg z oferty Wykonawcy zał. nr 8 pkt. B.II. 1.5;
 79. Notatka z dnia 26.08.2015 r.;
 80. Notatka 25.11.2015 r.;
 81. Dokumentacja fotograficzna nr 1 uchwytu przy drzwiach pierwszego odbieranego wagonu;
 82. Pismo Pesy z dnia 23.06.2015 r. w sprawie montażu dodatkowych poręczy i zmiany aranżacji wnętrza;
 83. Dokumentacja fotograficzna nr 2 listwy maskującej szarej przed odbiorem wagonu;
 84. Dokumentacja fotograficzna nr 3 listwy maskującej żółtej po odbiorze wagonu;
 85. Wydruk notatki z dnia 29.06.2015 r. przegląd pierwszego wagonu typu „Krakowiak” (pkt 17), zamieszczonej w przestrzeni elektronicznej MPK - witrynie Projektu „Krakowiak”;
 86. Dokumentacja fotograficzna nr 4 elementów przy nadkolach w wersji metalicznej odpornej na uszkodzenia;
 87. Notatka z dnia 7.09.2015 r. pkt.3.6 (załącznik nr 132 do Pozwu Pesa przeciwko MPK złożonego w dniu 21 października 2016 r. do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie sygn. akt SA 115/16);
 88. Dokumentacja fotograficzna nr 5 łączenie wykładziny „na garbie”;
 89. Dokumentacja fotograficzna nr 6 poszycie wewnętrzne słupków przy drzwiach;
 90. Dokumentacja fotograficzna nr 7 dziura pomiędzy drzwiami a poszyciem wewnętrznym drzwi;
 91. Notatka z dnia 11.09.2014 r.;
 92. Załącznik nr 46 do Pozwu Pesa przeciwko MPK w postępowaniu przed sądem arbitrażowym;
 93. Pismo Pesy do Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 26 sierpnia 2016 r.;
 94. Wydruki z profilu PESA na funpage Facebook oraz z różnych stron internetowych;
 95. Wydruk ze strony internetowej: <http://mm.rynek-koleiowy.pl/wiadomosci/nawet-130-mln-zl-straty-pesy-naitrudniejsze-miesiace-w-hiatohi-firmy-77294.html> (akta sprawy przed Sądem Okręgowym w Krakowie Wydział IX Gospodarczy sygn. akt IX GCo 182/16);
 96. Wydruk ze strony internetowej: <http://wvyw.forbes.pl/tomasz~zaboklicki-pesa-produkuje-najwiecej-tramwajow-na-swiecie>, artykuły, 199858,1,1.htm;
 97. Wydruk ze strony internetowej: <http://wvs.newsweek.pl/biznes/czy-pkp-intercity-straci-unijna-doiacje-artykuly>, 373440,1,html;
 98. Pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa świętokrzyskiego z dnia 22 listopada 2016 r.;
 99. Pismo Marszałka Województwa Podkarpackiego z dnia 23 listopada 2016 r.;
 100. Pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z dnia 22 listopada 2016 r.;
 101. Pismo Koleje Mazowieckie - KM sp. z o. o. z dnia 23 listopada 2016 r.;
 102. Pismo Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego sp. z o. o. we Wrocławiu z dnia 29

- listopada 2016 r.;
103. Pismo Pesa z dnia 26 sierpnia 2016 r. (akta sprawy przed Sądem Okręgowym w Krakowie Wydział IX Gospodarczy sygn. akt IX GCo 182/16);
 104. Wykaz zgłoszonych reklamacji ze Stacji Obsługi Tramwajów;
 105. Zgłoszenia reklamacyjne (płyta CD);
 106. Umowa kredytowa EBI;
 107. Zestawienie Harmonogramów dostaw;
 108. Wniosek o wypłatę kredytu z EBI;
 109. Potwierdzenie wypłaty kredytu EBI w wysokości 92 mln zł;
 110. Wykaz niewykonanych prac 2015 r. z powodu braku obsady kadrowej;
 111. Umowa na świadczenie usług komunikacji miejskiej w Krakowie z dnia 21 lipca 2006 r.;
 112. Aneks nr 52 Umowy na Świadczenie usług komunikacji miejskiej w Krakowie z dnia 21 lipca 2006 r.;
 113. Notatka służbowa ze spotkania w sprawie waloryzacji stawek na 2016 r.;
 114. Kalkulacja utraconych przychodów z tytułu świadczenia usług przewozowych komunikacji tramwajowej z tytułu opóźnienia w dostawach wagonów „Krakowiak”;

- pisma z dnia 16 grudnia 2016 r. w postaci e-maili przesłanych przez:

- Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. zawierającej pismo z dnia 28 listopada 2016 r. w sprawie udzielenia informacji publicznej oraz zawartej z Pesa umowy: z dnia 21 marca 2013 r. na dostawę 45 niskopodłogowych tramwajów dwukierunkowych, z dnia 15 stycznia 2014 r. na dostawę 30 tramwajów jednokierunkowych, z dnia 15 września 2015 r. na dostawę 5 tramwajów dwukierunkowych;
- Koleje Wielkopolskie sp. z o.o., zawierającej pismo z dnia 5 grudnia 2016 r. w sprawie udzielenia informacji publicznej oraz zawartą z Pesa Rental sp. z o.o., spółką będącą własnością Odwoływającego, umowę z dnia 9 lutego 2015 r. na dostawę 4 sztuk zespołów trakcyjnych;

- pisma z dnia 29 grudnia 2016 r. w postaci pisma Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego z dnia 22 listopada 2016 r.;

- pisma z dnia 23 stycznia 2017 r. – wnioski dowodowe zamawiającego – w postaci następujących załączników:

- Załącznik nr 1 - składający się z: wiadomości e-mail z dnia 17.08.2015 r. i 01.09.2015 r. notatki służbowej z dnia 26.08.2015 r., dotyczących zamontowania w tramwaju nr 001 i 002 nieprawidłowych osłon, tzw. mydelnicy;

- Załącznik nr 2 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 002, składający się z dokumentów: wiadomości e-mail z dnia 03.09.2015 r., notatki służbowej z dnia 03.09.2015 r., wiadomości e-mail z dnia 04.09.2015 r., notatki służbowej z dnia 04.09.2015 r., wiadomości e-mail z dnia 15.09.2015 r., notatki służbowej z dnia 15.09.2015 r.;
- Załącznik nr 3 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 003, składający się z wiadomości e-mail z dnia 01.10.2015 r.;
- Załącznik nr 4 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 004, składający się z dokumentów: wiadomości e-mail z dnia 19.10.2015 r., notatki służbowej z dnia 19.10.2015 r. wiadomości e-mail z dnia 20.10.2015 r., notatki służbowej z dnia 20.10.2015 r.;
- Załącznik nr 5 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 005, składający się z dokumentów: wiadomości e-mail z dnia 26.10.2015 r. godz. 06:54, wiadomości e-mail z dnia 26.10.2015r. godz. 14:35, notatki służbowej z dnia 26.10.2015 r.;
- Załącznik nr 6 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 006, składający się z dokumentów: wiadomości e-mail z dnia 27.10.2015 r., notatki służbowej z dnia 27.10.2015 r. wiadomości e-mail z dnia 30.10.2015 r., notatki służbowej z dnia 30.10.2015 r.;
- Załącznik nr 7 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 007, składający się z dokumentów: wiadomości e-mail z dnia 02.11.2015 r., wiadomości e-mail z dnia 04.11.2015 r. godz. 08:16;
- Załącznik nr 8 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 009, składający się z dokumentów: wiadomości e-mail z dnia 04.11.2015 r. godz. 17:05, wiadomości e-mail z dnia 05.11.2015 r., notatki służbowej z dnia 05.11.2015 r.;
- Załącznik nr 9 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 008, składający się z dokumentów: wiadomości e-mail z dnia 06.11.2015 r. wraz z dokumentacją zdjęciową (11 szt.), wiadomości e-mail z dnia 07.11.2015 r. notatki służbowej z dnia 09.11.2015 r.;
- Załącznik nr 10 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 010, składający się z notatki służbowej z dnia 12.11.2015 r.;

- Załącznik nr 11 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 011, składający się z notatki służbowej z dnia 14.11.2015 r.;
- Załącznik nr 12 - dotyczący odbioru technicznego tramwaju nr 026, składający się z dokumentów: wiadomości e-mail z dnia 03.12.2015 r., wiadomości e-mail z dnia 04.12.2015 r., wiadomości e-mail z dnia 07.12.2015 r., notatki służbowej z dnia 07.12.2015 r.

5. Dowody z zeznań świadków: K.F., J.T., R.W., S.J., K.N., P.K., P.G., D.J., R.S, M.B., D.S.

Po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów: art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1a Pzp

Po zbadaniu treści zawiadomienia z dnia 10 listopada 2016 r. o wykluczeniu wykonawcy Pesa z postępowania Izba uznała zarzuty naruszenia: art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 a Pzp za niezasadne.

Izba wskazuje, że dla rozpoznania zasadności zgłoszonych zarzutów niezbędnym jest odwołanie się do treści przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, a także przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Według art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Biorąc pod uwagę powyżej wskazać należy, że ustawodawca treścią art. 92 ust. 1 ust. 2 i 3 Pzp nałożył na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego

poinformowania wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Z zacytowanego przepisu, w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, nie wynika natomiast obowiązek podawania w treści informacji o „stosowanych środkach dowodowych”, którymi Zamawiający zamierza wykazywać wypełnienie się przesłanek, skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Izby zwraca uwagę, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp jest przepisem wywołującym skutki o charakterze formalnym, w przeciwieństwie do art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, który jest przepisem o charakterze materialnym, z którego wynika obowiązek dowodowy, obarczający Zamawiającego w późniejszej fazie prowadzonego postępowania, niż etap przekazania informacji na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp.

Wobec tego, w ocenie Izby, nieuprawnione jest żądanie, aby już w fazie postępowania, związanej z przekazywaniem informacji wykonawcom, Zamawiający był zobligowany do wskazywania „stosowanych środków dowodowych”, którymi zamierza wykazywać wypełnienie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

W kontekście powyższych rozważań Izba doszła do przekonania, że treść informacji z 10 listopada 2016 r. spełnia wymagania art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, ponieważ w jej treści, zarówno w odniesieniu do czynności wykluczenia wykonawcy Pesa jak i odrzucenia jego ofert, Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanych czynności.

Izba jedynie zwraca uwagę, że w zakresie czynności odrzucenia oferty Pesa Zamawiający podał błędną podstawę prawną, tzn. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, podczas gdy w rozpoznawanym przypadku zastosowanie ma przepis art. 24 ust. 4 Pzp. Jednakże, w ocenie Izby, nie ma żadnych wątpliwości, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Pesa w następstwie wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego, iż Zamawiający już na etapie informacji z dnia 10 listopada 2016 r. powinien był wskazać na środki dowodowe, którymi jest w stanie wykazać wypełnienie się przesłanek zawartych w art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp to Izba wskazuje, że takie twierdzenia są nieuprawnione w kontekście treści zacytowanego powyżej, ponieważ art. 92 ust. 1 Pzp, nie zawiera żadnych regulacji w tym zakresie. Wobec tego stwierdzić należy, że obowiązek dowodowy,

opisany w art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp realizuje się w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, co miało miejsce w rozpoznawanej sprawie.

W kwestii naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1a Pzp, Izba wskazuje, że przepis ten odwołuje się przypadku opisanego w art. 24 ust. 8 Pzp, tj. dotyczy procedury tzw. „self-cleaningu”, z którą nie mieliśmy do czynienia na etapie przesłania informacji z dnia 10 listopada 2016 r. Tym samym zgłoszony zarzut należy uznać za bezpodstawny.

II. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp

Po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba potwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W toku postępowania odwoławczego, toczącego się przed Izbą, nie było sporne między stronami, że wykonawca Pesa w JEDZ nie złożył oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20 oraz art. 24 ust. 5 pkt. 1-4 Pzp.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający zrezygnował z wezwania wykonawcy Pesa do uzupełnienia oświadczenia JEDZ, ponieważ uznał, że oferta wykonawcy Pesa podlega odrzuceniu, w kontekście wykluczenia z postępowania wykonawcy Pesa na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp .

W ocenie Izby rozstrzygnięcie omawianego zarzutu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku niekompletnego oświadczenia w postaci JEDZ, Zamawiający był uprawniony do odstąpienia od wzywania wykonawcy Pesa do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, z uwagi na wypełnienie się przesłanki, nawiązującej do odrzucenia oferty wykonawcy Pesa ? Izba po dokonaniu analizy doszła do przekonania, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

W tym miejscu Izba wskazuje na brzmienia art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zestawiając stan faktyczny sprawy z treścią przytoczonego przepisu Izba stwierdziła, że Zamawiający zachował się w sposób nieprawidłowy nie stosując wobec Pesa procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby, w przypadku powołanych wcześniej braków w oświadczeniu JEDZ bez wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający nie był w stanie stwierdzić jaka byłaby treść oświadczenia wykonawcy Pesa, w odniesieniu do poszczególnych przesłanek wykluczenia, tzn. czy wykonawca oświadcza, że nie podlega wykluczeniu, czy też, że podlega wykluczeniu w zakresie, którejkolwiek przesłanki. Z powyższym w sposób oczywisty wiąże się możliwość skorzystania z procedury opisanej w art. 24 ust. 8 Pzp (tzw. procedura „self-cleaning’u”).

W ocenie Izby tylko na podstawie treści uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia JEDZ, ewentualnie wspartego dowodami, przedstawionymi na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp, Zamawiający jest w stanie pozyskać niezbędną wiedzę, aby stwierdzić, czy zostały wypełnione przesłanki, skutkujące wykluczeniem z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Poza tym Zamawiający powinien mieć również na względzie, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności, w szczególności w odniesieniu do czynności o tak doniosłych skutkach jak wykluczenie wykonawcy z postępowania, czego w tym przypadku Zamawiający, zdaniem Izby, zaniechał.

W kontekście powyższych rozważań Izba stanęła na stanowisku, że bez dokonania czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający nie był w stanie z całą stanowczością przesądzić, że prawidłowo zostały wypełnione przesłanki opisane w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zamawiający jedynie na podstawie własnego przekonania i dostępnych sobie informacji podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, która była decyzją co najmniej przedwczesną. Tym samym na tym etapie postępowania, bez wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie sposób było stwierdzić, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, a zatem jego ofertę należy uznać za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp). W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że nie ziszcila się przesłanka, na którą powołał się Zamawiający rezygnując z wezwania - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - wykonawcy Pesa do uzupełnienia oświadczenia JEDZ, tj. odrzucenia oferty wykonawcy Pesa. Podsumowując, Izba stwierdziła, że skutkiem powyższego działania Zamawiającego było naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, co spowodowało jednoczesne naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Jednak pomimo tego, że stwierdzono naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisu to Izba nie nakazała Zamawiającemu czynności wezwania wykonawcy Pesa do uzupełnienia oświadczenia w JEDZ, ponieważ w toku postępowania odwoławczego, toczącego się przed Izba wykonawca Pesa

złożył stosowne oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek, wskazanych w specyfikacji postępowania w jakimkolwiek zakresie. Z powyższego niezbicie wynika, że wykonawca oświadczył, że nie podlega także wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby, w omawianym przypadku dopuszczalne i uzasadnione jest odstąpienie od wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w sytuacji, gdy w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wykonawca złożył stosowny dokument, który nie zawiera treści, wymagających szczegółowej oceny ze strony Zamawiającego.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, ponieważ wykonawca Pesa w toku rozprawy złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek, wskazanych w specyfikacji postępowania w jakimkolwiek zakresie, w tym również w zakresie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Powyższe oświadczenie w trakcie, toczącej się rozprawy było niezmiennie, a także konsekwentnie popierane i potwierdzone przez Odwołującego, przez zajmowanie, określonego stanowiska, a także zgłaszane wnioski dowodowe.

Tym samym Izba uznała je za wiążące i stwierdziła, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy niekoniecznym było nakazywanie Zamawiającemu - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - czynności, polegającej na wezwaniu wykonawcy Pesa do uzupełnienia oświadczenia JEDZ.

III. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Po zbadaniu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za zasadny.

W toku prowadzonego postępowania odwoławczego nie było sporne między Stronami, że Zamawiający w siwz wskazał, że przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1-4 Pzp.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy Pesa z prowadzonego postępowania (pismo z dnia 10 listopada 2016 r.) Zamawiający wskazał, że za ciężkie zawinione naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych uznał:

- sam fakt zaistnienia opóźnienia,
- nierzetelny sposób informowania Zamawiającego o stanie realizacji umowy i istniejącym zagrożeniu u wystąpienia zwłoki oraz jej powodach.

Zamawiający dodatkowo podał, że:

- wykonawca nie podjął środków, które byłyby wystarczające do wykazania jego rzetelności;

- pozostaje w sporze co do zasadności naliczenia kar umownych;
- Pesa wykorzystwała okres prowadzenia rozmów ugodowych „w celu podjęcia próby sądowego zniweczenia prawa Zamawiającego do skorzystania z przysługującego mu umownego prawa do realizacji wypłaty z gwarancji ubezpieczeniowej”;
- sposób realizacji przez Pesa dostawy 36 tramwajów poddaje w wątpliwość uczciwość Pesa, a przez to nie daje gwarancji, że będzie ona odpowiednim podmiotem by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy posiada poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia.

W toku postępowania odwoławczego, toczącego się przed Izbą, nie było sporne, że Odwołujący realizował dla Zamawiającego umowę dostawy, a termin jej wykonania został określony na dzień 15 września 2015r. Natomiast umowa została wykonana z opóźnieniem, tj. dopiero w dniu 30 grudnia 2015 r.

Spór między Stronami dotyczył przyczyn powstania opóźnienia oraz odpowiedzialności Odwołującego za powstanie opóźnienia, w kontekście wypełnienia przesłanek, opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, uprawniających Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy Pesa z prowadzonego obecnie postępowania.

Odnosząc się do tak zakreślonych ram sporu za pierwszorzędne należy uznać dokonanie wykładni art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odwołanie się w treści przytoczonego przepisu do słowa „może” wprost wskazuje, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania opisana w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp ma charakter fakultatywny. Zatem podkreślenia wymaga, że możliwość jej zastosowania jest uwarunkowana wypełnieniem obowiązku, zawartego w art. 24 ust. 6 Pzp, który wskazuje na konieczność jej zamieszczenia już w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Powyższe prowadzi do oczywistego wniosku, że jedynie zamieszczenie już w określonym dokumencie (ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji

lub zaproszeniu do negocjacji) treści zacytowanego przepisu będzie uprawniało Zamawiającego, w toku prowadzonego postępowania, do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

W celu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu Zamawiający jest zobowiązany każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy, przesłanki zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp spełniły się kumulatywnie. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest:

- ustalić czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należyście wykonał zamówienie.
- wykazać powyższe za pomocą stosownych środków dowodowych.

Łączne wystąpienie opisanych przesłanek uprawnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W kontekście treści przywołanego przepisu wymaga podkreślenia, że ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa na Zamawiającym.

Jak wynika z powyższego wykluczenie wykonawcy może nastąpić w wyniku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, skutkiem czego jest podważenie uczciwości wykonawcy. Ustawodawca wprost precyzuje, że naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę ma mieć charakter zawiniony. W szczególności odnosi się do sytuacji, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należyście wykonał zamówienie.

Szczegółowa analiza treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy ma być zawinione. Pojęcie winy było wielokrotnie przedmiotem opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego, toteż powielanie teoretycznej analizy w tym miejscu jest zbędne. Jedynie dla przypomnienia Izba wskazuje, że wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) - sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć.

W przeciwieństwie do przytoczonego powyżej pojęcia winy zwrot „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest wyrażeniem niedookreślonym, dlatego też wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. W interpretacji ww. przesłanki pomocne jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku o sygn. C- 465/11 (Forposta) orzekł że: *„Pojęcie „poważnego wykroczenia” zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca“.*

W zakresie powyższego pojęcia prawodawca sprecyzował jedynie, że zachowaniem mającym znamiona, poważnego naruszenie obowiązków zawodowych jest w szczególności, takie zachowanie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie.

Izba wskazuje, że w Kodeksie cywilnym brak jest bliższego określenia pojęcia nienależytego wykonania zobowiązania. Jednak z doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwa generalnie wynika, że z nienależytym wykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wtedy, gdy świadczenie jest wprawdzie spełnione, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym albo większym stopniu od świadczenia wymaganego, a pojęcie to jest tak ogólne i pojemne, iż nie sposób określić wszystkich sytuacji, do których może się odnosić (tak: Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga Trzecia, Zobowiązania, Tom I, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2011, str. 771).

Dla właściwej wykładni przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp należy odwołać się do pojęć, do których interpretowany przepis odsyła, a więc do pojęcia winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa.

Wina umyślna zachodzi wówczas, gdy dłużnik chce naruszyć ciążące na nim zobowiązania albo przewiduje możliwość takiego naruszenia, na co się godzi. (W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski, *Komentarz*, t. II, 2011, str. 54).

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że opisana sytuacja to nie tylko celowe działanie wykonawcy ale również sytuacja, w której wykonawca nie ma bezpośredniego zamiaru niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia lecz ma świadomość, że podejmowane przez niego czynności mogą do takiego skutku doprowadzić.

W uzasadnieniu wyroku Izby z 1 czerwca 2015 r., zapadłym w sprawie o sygn. akt: KIO 758/15 wskazano, że: *„Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”.*

Istotnym jest, iż zastosowanie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp wymaga od Zamawiającego udowodnienia ziszczenia się przesłanek opisanych w powyższym przepisie, tj. że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w określonym czasie przed wszczęciem postępowania, poważnie naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.

Izba stanęła na stanowisku, że przeprowadzone postępowanie dowodowe nie doprowadziło do potwierdzenia wystąpienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

W zakresie rozpoznawanego postępowania odwoławczego istotnym jest, iż Pesa, w toku postępowania przed Izbą, nie kwestionowała wystąpienia opóźnienia w dostawie 36 tramwajów (Krakowiaków) na rzecz MPK, jednakże podnosiła, że powstało ono z przyczyn, za które Pesie nie można przypisać winy w postaciach określonych w treści art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp (wina umyślna lub rażące niedbalstwo).

Biorąc pod uwagę całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, stanowiska i argumentację Stron oraz Przystępujących Izba doszła do przekonania, że na termin realizacji umowy dostawy miały znaczący wpływ następujące okoliczności:

1. opóźnienie w podpisaniu umowy dostawy;
2. wymagania Zamawiającego niesprecyzowane w siwz, które wpływały na etap projektowania oraz etap produkcji tramwajów Krakowiak;
3. anomalie pogodowe w postaci fali upałów w okresie letnim w 2015 r. oraz ograniczenia w dostawie energii elektrycznej, występujące w sierpniu 2015 r.

Przed przystąpieniem do szczegółowej argumentacji, odnoszącej się do poszczególnych powodów opóźnienia, Izba zwraca uwagę, że analizy okoliczności, związanych z opóźnieniem w realizacji kontraktu należy dokonywać w oparciu o wiedzę, która była dostępna stronom w owym czasie. Izba uznaje za chybioną argumentację, która do określonego wydarzenia, występującego w przeszłości przypisuje, nie wówczas posiadaną wiedzę, ale aktualną, posiadaną obecnie. Izba wskazuje, że jej ocenie podlega zachowanie Odwołującego, odnoszące się do konkretnej sytuacji, przy uwzględnieniu wiedzy, którą mógł posiadać w tamtym czasie.

Odnosząc się do poszczególnych okoliczności faktycznych Izba wskazuje co następuje.

1. Opóźnienie w podpisaniu umowy dostawy.

Z ustaleń Izby wynika, że pomiędzy stronami nie było sporu co do tego, że umowa dostawy została zawarta z 7-miesięcznym opóźnieniem w stosunku do

pierwotnie zakładanego terminu jej podpisania. Uwarunkowane to było tym, że Zamawiający oczekiwał na potwierdzenie finansowania kontraktu. Zamawiający twierdził, że w związku z przedłużającym się zawarciem umowy brano również pod uwagę, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie nie przedłużą okresu związania ofertą, ponieważ czas na wykonanie kontraktu będzie zbyt krótki. Tym samym może wystąpić sytuacja wymagająca unieważnienia postępowania. Powyższe zostało potwierdzone wyjaśnieniami Zamawiającego, zawartymi w odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 grudnia 2016 r. (str. 21-22 pisma) oraz stosownymi dokumentami w postaci: ogłoszenia o wyborze oferty Pesa z dnia 9 grudnia 2013 r., pisma MPK do Pesa z dnia 9 grudnia 2013 r., umowy o dofinansowanie z dnia 30 czerwca 2014 r. (Załączniki nr 8–10 do odpowiedzi na odwołanie).

Nie było też sporne, że w ocenie stron, termin realizacji kontraktu dotyczącego dostawy Krakowiaków był terminem stosunkowo krótkim ale realnym i możliwym do spełnienia. Izba stwierdziła, że skoro Pesa pięciokrotnie (pisma Pesa: z dnia 20 grudnia 2013 r., z dnia 5 lutego 2014 r., z dnia 5 marca 2014 r., z dnia 15 maja 2014 r., z dnia 26 czerwca 2014 r.) przedłużała termin związania ofertą, to składając takie oświadczenie jednocześnie potwierdzała gotowość wykonania zamówienia w określonym przez Zamawiającego terminie, co oznacza, że uznawała termin realizacji zamówienia za realny i możliwy do spełnienia. W toku postępowania przed Izbą Odwołujący twierdził, że oświadczenia Pesa o wydłużeniu terminu związania ofertą polegały na prawdzie i były poparte rzetelnymi ocenami zasobów oraz możliwości produkcyjnych Pesa. Zapas czasowy założony w planowaniu produkcji i realizacji kontraktu był istotnie ograniczany przez czas opóźnienia w zawarciu umowy dostawy, ale w dacie składania tych oświadczeń nie było zagrożenia dla terminowej realizacji kontraktu.

Natomiast Zamawiający w toku rozprawy wskazywał, że od początku, tj. od podpisania umowy dostawy z Pesa towarzyszyła mu obawa, związana z terminową realizacją kontraktu, z uwagi na skrócenie okresu czasu na realizację kontraktu. W piśmie z dnia 1 października 2014 r., skierowanym do Pesa, wskazywał m.in. „ (...) co przybiera jeszcze większego znaczenia w sytuacji stosunkowo krótkiego czasu przewidzianego na dostawy pojazdów dla Krakowa (...)”. W związku z powyższym, wywieść należy, że również Zamawiający pozostawał w przekonaniu o realności

terminu wykonania zamówienia, zdając sobie sprawę z tego, że termin realizacji zamówienia jest terminem krótkim.

Z ustaleń Izby wynika, że w omawianym zakresie sporne między stronami było jedynie to, czy 7-miesięczne opóźnienie w jego zawarciu miało wpływ na jego terminową realizację.

Zamawiający w toku rozprawy twierdził, że opóźnienie w zawarciu umowy nie miało wpływu na okres jej realizacji. Zamawiający podkreślał, że Odwołujący 5-krotnie, składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, ani razu nie poinformował Zamawiającego, aby przedłużający się termin zawarcia umowy w sprawie dostawy 36 tramwajów miał w jakikolwiek sposób zagrozić możliwości realizacji zamówienia w przewidywanym w warunkach przetargowych terminie. Ponadto Zamawiający wskazywał, że bezpośrednio przed podpisaniem umowy dostawy Odwołujący uzgodnił z MPK Harmonogram rzeczowo-finansowy, przewidujący zakończenie wszystkich dostaw przed 15 września 2015 r. Również Harmonogram produkcji przesłany w dniu 5 grudnia 2014 r. nie zakładał żadnych opóźnień w realizacji kontraktu.

Natomiast Odwołujący oraz powołani przez niego świadkowie (R.S., P.K., P.G., D.J., D.S.) twierdzili, że opóźnienie w podpisaniu umowy zredukowało zapas czasu, który wykonawca przewidział na realizację umowy, jednak terminowe wykonanie kontraktu było wciąż możliwe pod pewnymi warunkami. Zagrożeniem dla terminu dostawy stały się skumulowane zakłócenia, które łącznie spowodowały negatywne skutki opóźnienia, wynoszącego około 3 miesiące. Zdaniem Odwołującego prawdziwość oświadczeń Pesa można zweryfikować także przez odniesienie do następujących faktów. Podpisanie umowy opóźniło się o ponad 7 miesięcy, a czas opóźnienia dostawy to około 3 miesiące, co zdaniem Odwołującego oznacza to, że oświadczenia Pesa opierały się o prawidłowe założenia i nie istniały zakładane przez Zamawiającego nieprawidłowości.

Izba analizując okoliczności, związane z opóźnieniem w zawarciu umowy na dostawę 36 tramwajów (Krakowiaków) doszła do przekonania, że termin realizacji umowy dostawy pomimo, iż był terminem krótkim, to jednak możliwym do spełnienia. Izba stanęła na stanowisku, że samo 7-miesięczne opóźnienie w

podpisaniu umowy nie oznaczało automatycznego opóźnienia w dostawie Krakowiaków. Jednak w ocenie Izby wydłużenie okresu podpisania umowy miało niewątpliwie wpływ na realizację umowy dostawy, ponieważ spowodowało „skonsumowanie buforów zapasu czasu”, przewidzianych w ofercie Odwołującego. Skutkiem powyższego była konieczność przeorganizowania przez Pesa procesu projektowania i produkcji, a także kwestii logistycznych i zamówień komponentów do produkcji Krakowiaków. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w dowodach w postaci zeznań świadków: Pana R.S., P.K, P.G., D.J., M.B. oraz Pani D.S.

Tym samym, w ocenie Izby, w momencie zawarcia umowy dostawy terminowa realizacja kontraktu była możliwa, jednak brakowało już zapasu czasu na wypadek wystąpienia jakichkolwiek nieplanowanych i nieprzewidzianych problemów i przeszkód, związanych z realizacją kontraktu, które niestety w toku realizacji umowy dostawy wystąpiły.

2. Wymagania Zamawiającego niesprecyzowane w siwz, które wpływały na etap projektowania oraz etap produkcji Krakowiaków

W zakresie okoliczności formułowania wymagań przez Zamawiającego, odnoszących się do przedmiotu zamówienia, to Izba wskazuje, że zostały one potwierdzone wyjaśnieniami Stron postępowania, zeznaniami świadków obu Stron, jak również dokumentacją ze spotkań, odbywanych pomiędzy przedstawicielami Stron.

Odmierna jest jedynie ocena wpływu tych okoliczności na dochowanie terminu realizacji i przebieg umowy dostawy. Zamawiający w złożonych wyjaśnieniach, a także świadkowi powołani przez Zamawiającego: Pan S.J. oraz K.N., zgodnie twierdzili że wymagania zgłaszane przez MPK nie powodowały negatywnego wpływu na termin dostawy pojazdów. Natomiast Odwołujący oraz powołani przez niego świadkowie byli przeciwnego zdania (dowód: zeznania świadków: P.K., P.G., D.J., M.B., R.S.). Ponadto pomiędzy stronami istniał spór co do tego, czy Pesa informowała Zamawiającego tym, że wymagania Zamawiającego mogą mieć wpływ na etap projektowania oraz etap produkcji Krakowiaków, a w konsekwencji również na ostateczny termin realizacji umowy dostawy Krakowiaków.

Izba zaznacza, że zeznania świadków obu stron: Pana S.J., K.N., D.J. potwierdziły, że rozwiązania zgłaszane przez Pesę były zgodne z siwz, wymaganiami technicznym i z przepisami prawa.

Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie prowadzi do wniosku, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, dotyczącego dostawy Krakowiaków miały miejsce uzgodnienia projektowe, przewidziane treścią umowy (pkt. 17 załącznika nr 16 do odpowiedzi na odwołanie), mające na celu ustalenia pewnych szczegółowych rozwiązań, np. w zakresie aranżacji wnętrza tramwaju. Zgodnie z klauzulą 17.1-17.7 Dostawca (czyli Pesa), zobowiązany był do czasu odbioru pierwszego tramwaju uzgodnić z Nabywcą (czyli MPK):

1. wzór kompozycji plastycznej dotyczącej stylistyki i kolorystyki zewnętrznej i wewnętrznej tramwaju wg pkt B.1.16 STT.
2. koncepcję zagospodarowania kabin motorniczego i wnętrza tramwaju wg pkt B.II.1.19 IB.II.2.29STT.
3. wzór i kolorystykę siedzeń pasażerskich.
4. szczegóły funkcjonowania systemu diagnostycznego i elektronicznego rejestratora zdarzeń.
5. szczegóły funkcjonowania systemu monitoringu wizyjnego i zarządzania danymi oraz rozmieszczenie kamer, monitora.
6. rozmieszczenie urządzeń stosowanych w taborze Nabywcy jako systemowe (system informacji pasażerskiej, monitoringu, emisji reklam) wg pkt B.II.3.1.d, B.II.3.2.C, B.II.3.3.D, B.II.3.3.d, B.II.3.5.a, B.II.3.5.b, B.II.3.7.a STT.
7. tonację dźwięku sygnalizacji zamknięcia drzwi wagonu wg pkt B.II.4.5.d STT.

W toku realizacji zamówienia Zamawiający dokonał zgłoszenia szeregu zmian o charakterze „eksploatacyjnym”, niesprecyzowanych w siwz.

Świadek Pan S.J. zeznał, że PESA jako konstruktor i producent nie jest w stanie do końca odczytać wymagań, które mają istotne znaczenie dla eksploatacji. Świadek zeznał również, że MPK użytkuje obecnie niskopodłogowe tramwaje, w których występują określone wymagania, które również chciał, aby były przełożone w realizacji tego zamówienia.

Natomiast świadek Pan K.N. w odniesieniu do notatki z czynności odbiorowych z dnia 26 sierpnia 2015 r. zeznał m. in., że „(...) w notatce wskazano na pewne elementy, które były istotne dla Zamawiającego i wymagały ze strony Pesa poprawek. Świadek wyjaśnia, że jego uwagi wynikały z pewnego odmiennego rozumienia niż Pesa, pewnych wymogów, jak również jego doświadczenia, które miało istotne znaczenie dla eksploatacji pojazdu. Świadek zeznaje, że niektóre uwagi wynikały z nieuwagi lub przyjęcia innej filozofii dla konstrukcji poprawnej. Pesa zdaniem świadka, proponowała rozwiązania poprawne, ale nie spełniające wymagań Zamawiającego, w zakresie funkcjonalności związanej z eksploatacją. Świadek wyjaśnia również, że Pesa uwzględniła zgłoszone uwagi (...)”.

Natomiast świadek Pan R.S. zeznał, że „zaoferowane przez Pesa rozwiązania spełniały wymagania specyfikacji oraz były poprawne technicznie, jednak Zamawiający miał inną wizję poszczególnych rozwiązań, dlatego Pesa, aby zadowolić klienta zdecydowała się na wprowadzenie rozwiązań przez niego rekomendowanych”.

Izba jedynie dla przypomnienia wskazuje, że w dniu 3 lipca 2014 r. Odwołujący zawarł z Zamawiającym umowę dostawy. Strony zawarły również następujące aneksy do ww. umowy:

- 1) Aneks nr 1 do umowy Dostawy, zawarty w dniu 2 października 2014 r.

W § 1 pkt 2 ww. aneksu podano: „W fazie projektowej realizacji umowy Dostawca wystąpił o wprowadzenie zmian w zaoferowanych tramwajach w zakresie:

- a) Wymiarów okien,
- b) Wyposażenia tramwaju w dodatkowe drzwi dwuskrzydłowe w członie „C”.

Natomiast w § 1 pkt 3 ww. aneksu podano: „Zmiany w zakresie wyposażenia tramwaju w dodatkowe drzwi pozwolą na zwiększenie komfortu podróżowania, znacznie usprawnią wymianę pasażerów, dzięki czemu znacząco skróci się czas postoju tramwajów na przystankach, co znacznie oprawi efektywność pojazdu”.

- 2) Aneks nr 2 do umowy Dostawy, zawarty w dniu 30 marca 2015 r.

W § 1 pkt 2 ww. aneksu podano: „W fazie realizacji umowy Dostawca wystąpił o wprowadzenie modyfikacji w zaoferowanych tramwajach polegającej na wysunięciu elementów zderznych tramwajów”.

Natomiast w § 1 pkt 3 ww. aneksu podano: „powyższa zmiana poprawi właściwości pojazdu oraz bezpieczeństwo eksploatacji”.

3) Aneks nr 3 do umowy Dostawy, zawarty w dniu 26 czerwca 2015 r.

W § 1 pkt 2 ww. aneksu podano: „W fazie realizacji umowy Dostawca wystąpił o wprowadzenie modyfikacji w zaoferowanych tramwajach polegającej na modyfikacji przestrzeni wewnętrznej w tramwajach w celu jej praktycznego zagospodarowania i zapewnienia większej funkcjonalności pojazdu”.

Na wstępie omawianej kwestii Izba odniosła się do twierdzenia Zamawiającego oraz Przystępującego Stadler, którzy w oparciu o przytoczoną powyżej treść aneksów do umowy dostawy twierdzili, że to nie Zamawiający, ale Odwołujący był wnioskodawcą, zmian opisanych w aneksach. Izba zgadza się z tym, że w treści aneksów jasno i bezsprzecznie wynika, że wnioskodawcą ww. zmian była Pesa, co w toku postępowania przed Izłą zostało również przez Odwołującego przyznane. Jednak w omawianym przypadku należy rozgraniczyć wnioskodawcę wprowadzenia określonej zmiany od jej pomysłodawcy. Treść aneksów, w zakresie wprowadzonych zmian wskazuje, że mają one charakter „eksploatacyjnych”, mających na celu poprawę: właściwości, funkcjonalności, efektywności oraz bezpieczeństwa pojazdu. Zdaniem Izby, istota powyższych zmian wpisuje się w zakres wymagań, zgłaszanych przez Zamawiającego, który jako bezpośredni użytkownik pojazdów, a nie konstruktor czy też producent, potrafił odczytać katalog odpowiednich cech pojazdu, które mają istotne znaczenie dla jego eksploatacji.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom świadka Pana D.J., który zeznał, że pomysłodawcą wprowadzenia ww. zmian był Zamawiający, natomiast Pesa jedynie „przyjęła na siebie” formalną czynność zgłoszenia ich do Zamawiającego. W omawianym zakresie Izba uznała wyjaśnienia wykonawcy Pesa - który twierdził, że zgłaszanie przez niego takich zmian nie miałyby żadnego sensu, a było jedynie problematyczne, gdyż wymagało zaangażowania i dodatkowych nakładów pracy, a także zmiany dokumentacji projektowej – za logiczne i spójne. Wobec tego Izba

stanęła na stanowisku, że Pesa była jedynie wnioskodawcą zmian, opisany w ww. aneksach, których pomysłodawcą był jednak Zamawiający.

Kolejno Izba wskazuje, że dokonała analizy postanowień umownych, zawartych w umowie dostawy i stwierdziła, iż treść umowy zezwalała na dokonywanie uzgodnień pomiędzy MPK a Pesa ale w ściśle określonym zakresie, opisanym w pkt. 17 umowy. Podkreślenia również wymaga, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Pesa miała dostarczyć niestandardowe tramwaje „szyte na miarę”, w których zastosowano nietypowe, skomplikowane rozwiązania techniczne, m. in. tj. 4 człony na 5 wózkach, poza tym pojazd miał specyficzną długość – ok. 43 metry. Wobec tego nie jest niczym nadzwyczajnym, że przy realizacji tego rodzaju przedsięwzięcia miały miejsce czynności takie jak uzgodnienia projektowe pomiędzy MPK a Pesa, a wręcz z całą pewnością stwierdzić należy, że uzgodnienia w takim przypadku były czymś typowym.

Jednak nie sposób pominąć tego, że z kwestią uzgodnień jest ściśle powiązana kwestia krótkiego terminu realizacji zamówienia. Zdaniem Izby obie strony, realizując kontrakt, miały świadomość tego, że w wyniku znacznego opóźnienia w zawarciu umowy harmonogram realizacji dostawy jest bardzo napięty. Powyższe wynika przede wszystkim z wyjaśnień, składanych w toku rozprawy, ale także z dokumentów, tj. chociażby już z treści cytowanego powyżej pisma MPK z dnia 1 października 2014 r., skierowanego do Pesa.

Izba stanęła na stanowisku, że zgłaszanie przez Zamawiającego szeregu zmian o charakterze „eksploatacyjnym”, niesprecyzowanych w siwz, bez wątpienia miało negatywny wpływ na termin realizacji zamówienia, ponieważ wprowadzenie wymagań Zamawiającego powodowało po stronie Pesa konieczność wykonania dodatkowych czynności, które wymagały nakładu czasu i środków finansowych, a przede wszystkim zakłócało przebieg projektowania, a w późniejszej fazie także produkcji Krakowiaków.

Wobec wzajemnie sprzecznych zeznań świadków obu stron Izba dostrzega pewną trudność w rozstrzygnięciu kwestii, związanej z tym, czy Pesa informowała MPK o wpływie wymagań, zgłaszanych przez MPK na termin realizacji

„Krakowiaków” z uwagi na rozbieżne twierdzenia Stron a także powołanych świadków.

Świadkowie powołani przez Zamawiającego: Pan K.F., S.J. w odpowiedzi na pytanie, czy przy okazji uzgodnień projektowych PESA informował MPK, że mogą one wpłynąć na terminowość zamówienia, zeznali:

- świadek Pan Kazimierz Fudala zeznał, że „nie miało to miejsca”,
- natomiast świadek Pan S.J. zeznał, że „nie słyszał tego rodzaju informacji”.

Wprost przeciwnie zeznawał świadek powołany przez Odwołującego – Pan D.J., który zeznał, że „na każdym spotkaniu, w przypadku wprowadzenie zmian, informował przedstawicieli MPK o tym, że wzrośnie ryzyko nieterminowej realizacji zamówienia”. Natomiast na pytanie dotyczące tego, czy w notatkach ze spotkań z przedstawicielami MPK dot. uzgodnień technicznych było wpisywane to, że zmiany będą wpływać na terminy dostaw tramwajów, świadek zeznał, że „nie było takiej woli ze strony przedstawicieli MPK, aby wpisywać w notatki taką treść. (...) przedstawiciele PESA chcieli zawarcia w notatkach takich informacji, ale mając na uwadze stanowisko MPK i dobrą współpracę z klientem zaniechali wprowadzenia takich zapisów”.

Izba uznała, że opierając się jedynie na zasadach doświadczenia życiowego stwierdzić należy, że nawet w zakresie prozaicznych, zwyczajnych codziennych czynności, pojawiające się prawie każde dodatkowe wymaganie jest zwykle związane z poświęceniem dodatkowego czasu, a także pociąga za sobą konieczność wykonania dodatkowych czynności. Czasami również wymaga zaangażowania dodatkowych środków finansowych.

W ocenie Izby, w omawianym przypadku, tj. przy dostawie tramwajów „szytych na miarę”, z łatwością można było przewidzieć, że wprowadzanie przez Pesa ulepszeń, zgłaszanych przez MPK, niewątpliwie będzie wymagało dodatkowych czynności, a co za tym idzie – dodatkowego nakładu czasu na ich wprowadzenie.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę na twierdzenia Zamawiającego, prezentowane w toku rozprawy, który wskazywał na wysokie kwalifikacje oraz doświadczenie personelu MPK, który zajmował się analizą i zgłaszaniem wymagań, dotyczących dostawy Krakowiaków. W związku z tym z dużym

prawdopodobieństwem można domniemać, że osoby te mogły przewidzieć, że charakter zgłaszanych wymagań, będzie rodzić konieczność dokonywania zmian projektowych, które w następstwie mogą mieć istotny wpływ na etap produkcji, a w konsekwencji mogą wydłużyć termin realizacji całego kontraktu. Więc nawet gdyby przyjąć, że Pesa nie informowała w sposób właściwy Zamawiającego o tym, że zgłaszane przez niego ulepszenia będą miały wpływ na terminową realizację zamówienia, ponieważ nie czyniła tego na piśmie, to wiedza i kompetencje personelu Zamawiającego z całą pewnością umożliwiały stwierdzenie, że już i tak napięty termin realizacji zamówienia może być zagrożony.

Nie bez znaczenia jest również to, że niektóre zmiany (np. dotyczące „mydelnicy”) były zgłaszane przez Zamawiającego już po wyprodukowaniu pojazdów przez Pesa, a w konsekwencji rodziło to konieczność ich wprowadzenia w pojazdach wcześniej wyprodukowanych, co bez wątplenia wymagało dodatkowego czasu na dokonanie tych czynności przez Pesa. Wobec tego, gdyby Zamawiający opisał wszystkie później wprowadzane oczekiwania już w siwz, albo choć dookreślił dla nich wymagany okres uzgodnień, Odwołujący mógłby już na wcześniejszym etapie uwzględnić to w planach i harmonogramach.

Zdaniem Izby, analiza opisanych powyżej przyczyn opóźnienia prowadzi do wniosku, że w powyższe zakłócenie, wynikające ze zgłaszania przez Zamawiającego dodatkowych wymagań, nieopisanych w siwz wraz z 7-miesięcznym opóźnieniem w podpisaniu umowy doprowadziło do wystąpienia niezawinionego opóźnienia Pesa w dostawie pierwszych pojazdów, co w konsekwencji miało wpływ na terminową realizację całego zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, że w notatce z „roboczego spotkania w PESA Bydgoszcz S.A. z przedstawicielami MPK S.A. w Krakowie” z dnia 11.03.2015 r. w programie wskazano na jeden z punktów spotkania, tj. „Prezentacja i omówienie: e) Przedstawienie aktualnego harmonogramu budowy tramwajów 2014N – z propozycją nadrobienia opóźnień”.

W toku rozprawy przed Izbą w dniu 24 stycznia 2017 r. Zamawiający potwierdził, że 11 marca 2015 r. odbyło się spotkanie pomiędzy przedstawicielami Pesa i MPK. Zamawiający wskazał, że „zbliżał się termin dostawy pierwszych

tramwajów (maj 2015 r.) i wówczas po raz pierwszy Zamawiający wystosował propozycję dot. udostępnienia własnego potencjału w postaci pracowników, jednak nie spotkało się to z akceptacją ze strony Pesy. Jedynie stwierdzono, że gdy zajdzie taka konieczność to Pesa skorzysta z propozycji MPK”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że propozycja Zamawiającego, odnosząca się do udostępnienia własnego potencjału Pesie, była ściśle związana z istniejącym już na tym etapie realizacji kontraktu opóźnieniem, z którego Zamawiający musiał sobie zdawać sprawę, gdyż w przypadku terminowej realizacji zamówienia złożenie takiej propozycji Pesa byłoby zwyczajnie nielogiczne.

W ocenie Izby, jeszcze na tym etapie realizacji zamówienia Pesa pozostawała w przekonaniu, że jest w stanie nadrobić występujące opóźnienie i jest w stanie dochować ostatecznego terminu wykonania kontraktu. Wynika to z zeznań świadka Pana Roberta Szota, który zeznał, że „w marcu 2015 r. w siedzibie Pesa odbyło się spotkanie, w którym uczestniczył Pan Prezes R.S. oraz przedstawiciel Zamawiającego - Pan S. (...) w trakcie tego spotkania prezentowano pewne informacje w postaci slajdów, gdzie w toku prezentacji, pod koniec, pojawiła się informacja o opóźnieniach w dostawie pierwszego pojazdu i kolejnych, ale z zachowaniem ostatecznego terminu realizacji umowy, który przypadał na 15.09.2015 r.”. Fakt i przebieg, opisanego powyżej spotkania, potwierdziły również zeznania świadka Pana D.J., który stwierdził, że był obecny podczas spotkania, które odbyło się w marcu 2015 r., gdzie prezentowano stopień zaawansowania prac dot. realizacji Krakowiaka. Świadek zeznał, że „podczas spotkania prezentowano postęp prac. Natomiast ostatni slajd prezentacji zawierał harmonogram dostawy pojazdów do MPK. Z jego treści wynikało, że nastąpi opóźnienie w dostawie pierwszych pojazdów, natomiast zachowany zostanie ostateczny termin realizacji kontraktu”.

Izba uznała, że skoro pomimo istniejących opóźnień w marcu 2015 r. Odwołujący twierdził, że dochowa ostatecznego terminu realizacji kontraktu to znaczy, że pozostawał w przekonaniu, iż jest w stanie wdrożyć działania, służące usunięciu spóźnienia w realizacji kontraktu. Również świadek Pan P.G. zeznał, że opóźnienia związane z zakresem projektowania można było jeszcze nadrobić w toku

realizacji kontraktu i w rozpoznawanym przypadku przez Pesę były podejmowane działania, mające na celu eliminację tych opóźnień.

4) Anomalia pogodowe w postaci fali upałów w okresie letnim w 2015 r. oraz ograniczenia w dostawie energii elektrycznej, występujące w sierpniu 2015 r.

Na powyższe okoliczności należy jeszcze nałożyć zakłócenia związane z nadzwyczajną falą upałów, występujących w okresie letnim w 2015 r., które skutkowały również ograniczeniami w dostawie energii elektrycznej w sierpniu 2015 r.

Z ustaleń Izby wynika, że w przypadku tych zakłóceń Strony nie kwestionowały tego, że w roku 2015 r. doszło do wydania przepisów prawa ograniczających pobór energii elektrycznej (w dniu 11 sierpnia 2015 r. Rada Ministrów wydała rozporządzenie w sprawie wprowadzenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, na mocy którego ograniczenia w dopuszczalnym poborze energii miały być wprowadzane w okresie 11 sierpnia 2015 r. do 31 sierpnia 2015 r.) oraz, dotąd niespotykanej fali upałów. Odmienna jedynie pozostała ocena wpływu tych okoliczności na niedotrzymanie przez Pesa terminu dostawy Krakowiaków.

Badając opisane powyżej okoliczności sprawy Izba doszła do przekonania, że wykonawca Pesa, mimo dołożenia wszelkich starań nie mógł ich wcześniej przewidzieć, ponieważ przynajmniej część z nich (fala upałów i ograniczenia w dostawie energii elektrycznej) mają znamiona siły wyższej. Natomiast dowody złożone w toku rozprawy, potwierdzają, że okoliczności, związane z wystąpieniem nadzwyczajnej fali upałów oraz ograniczeniami w dostawach prądu miały istotny wpływ na zwiększenie już i tak występującego opóźnienia w zakresie terminowej realizacji zamówienia. Z uwagi na charakter dowodów, występujących w omawianym zakresie (opatrzenie ich klauzulą "tajemnica przedsiębiorstwa") Izba ma możliwość posłużenia się jedynie ogólną argumentacją, bez podania określonych szczegółów.

Izba stwierdziła, że ograniczenia w dostawie energii elektrycznej spowodowały zmniejszenie wydajności pracy w zakładach Pesa, a także problemy z dostawą poszczególnych komponentów, niezbędnych do produkcji pojazdów. Powyższe znalazło odbicie w dowodach z zeznań świadków: Pana P.K., P.G. a także M.B. jak

również w dokumentach, w szczególności w: oświadczeniach poszczególnych działów Pesa, opinii technicznej.

Jedynie dla przykładu Izba wskazuje na wyjaśnienia Prezes Pesy Pana T.Z., zawarte w piśmie z dnia 6 października 2015 r., kierowanym do Prezydenta Miasta Krakowa Pana J.M. (załącznik nr 43 do odpowiedzi na odwołanie): „Jednocześnie chciałbym wyjaśnić, że na powstałe opóźnienia istotny wpływ miały okoliczności niezależne od PESA, których nie przewidywaliśmy w dniu 29 czerwca 2015 r., kiedy to deklarowaliśmy Panu Prezydentowi zakończenia realizacji kontraktu do dnia 10 listopada 2015 r. Nie przypuszczaliśmy bowiem wówczas, że panujące w lipcu i sierpniu warunki atmosferyczne w sposób tak istotny wpłyną na realizowany cykl produkcyjny. Skutkiem panującej aury było m. in. wydanie przez Radę Ministrów w dniu 11 sierpnia 2015 r. rozporządzenia w sprawie wprowadzenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej (...), którego konsekwencją było zmniejszenie dostaw energii elektrycznej o ponad 60%, co z kolei wpłynęło na znaczące ograniczenie możliwości produkcyjnych spółki w odniesieniu do wszystkich realizowanych aktualnie projektów, zarówno z powodu tych ograniczeń u Wykonawcy jak i u dostawców komponentów.

Konsekwencją opisanych ograniczeń były:

- 1) konieczność ograniczenia liczby wykorzystywanych automatów spawalniczych przy budowie konstrukcji pojazdów,
- 2) wyłączenie wentylacji oraz ogrzewania w 8 komorach malarskich skutkowało spiętrzeniem konstrukcji przed malarnią taboru,
- 3) brak możliwości korzystania na etapie montażu i zabudowy pojazdów z suwnic na linii tramwajowej skutkowało niemożliwością przebrojenia linii,
- 4) konieczność wyłączenia klimatyzacji i wysokie temperatury w halach produkcyjnych spowodowane warunkami atmosferycznymi uniemożliwiały realizację niektórych czynności z zakresu zabudowy pojazdów - klejenia wykładzin, laminatów, dachów i poszycia zewnętrznego, bowiem byłoby to sprzeczne z procesem technologicznym zalecanym przez producenta kleju i w konsekwencji skutkowałoby wadliwością dostarczonych pojazdów.

Skutkiem wprowadzenia przedmiotowego Rozporządzenia były również opóźnienia w dostawach komponentów od poddostawców, które to komponenty stanowią zasadnicze elementy budowy pojazdów.

Zasadne jest także podkreślenie jak opisywane warunki atmosferyczne wpłynęły na pracę i wydajność pracowników naszej spółki. W okresie utrzymywania się temperatury powietrza na

poziomie od 30°C do 34°C, temperatury na terenie hal produkcyjnych pomimo włączenia urządzeń chłodzących, sięgnęły ponad 35°C, co spowodowało, że przebywanie w nich i wykonywanie pracy było niezwykle trudne. Opisane warunki atmosferyczne były szczególnie uciążliwe dla tych pracowników, którzy wykonują prace przy użyciu urządzeń dodatkowo wytwarzających wysoką temperaturę (np. spawacze) oraz tych, którzy wykonywali prace w środku pojazdów i na wysokościach (np. na dachu pojazdów), a także przy użyciu materiałów chemicznych z uwagi na zwiększone parowanie substancji szkodliwych. Panujące w halach warunki uniemożliwiły uzyskanie pożądanej wydajności pracowników, której normalnie można byłoby oczekiwać,

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej, niezależne od PESA okoliczności, konieczne było dokonanie zmiany „Harmonogramu budowy tramwajów Kraków”, zgodnie z którym ostatni pojazd zostanie dostarczony 22 grudnia 2015 r.

Ponieważ zdajemy sobie sprawę ze skutków jakie może wywołać niewykonanie projektu w terminie zarówno dla MPK SA w Krakowie jak i dla naszej Spółki, niezwłocznie podjęliśmy i nadal podejmujemy działania w celu zminimalizowania powstałych opóźnień i wyeliminowania ryzyka niezrealizowania projektu do 31 grudnia 2015 r.

Mając na uwadze powyższy cel zwiększyliśmy zatrudnienie, co umożliwiło optymalne wykorzystanie posiadanej infrastruktury produkcyjnej poprzez pracę również na trzeciej zmianie. Zastosowaliśmy też środki zwiększające dyspozycyjności oraz efektywność pracowników. Wprowadzone zostały:

- ponad kodeksowy dodatek do godzin nadliczbowych,
- jednomiesięczny system rozliczania, umożliwiający otrzymanie pełnej zapłaty uwzględniającej wszystkie dodatki za pracę w godzinach nadliczbowych w danym miesiącu,
- nagroda dla pracowników, którzy przesunęli wykorzystanie planowanego urlopu
- wypoczynkowego na pierwszy kwartał 2016 r.

Dodatkowo rozbudowaliśmy współpracę ze sprawdzonymi kooperantami oraz zwiększyliśmy ilość osób świadczących usługi monterskie i spawalnicze przez firmy zewnętrzne. (...)

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że na opóźnienie w realizacji umowy dostawy, występujące już na etapie projektowania, nałożyły się następnie okoliczności związane z niezwykle dużą falą upałów, występujących w okresie letnim w 2015 r., które skutkowały również ograniczeniami w dostawie energii elektrycznej w sierpniu 2015 r. Konsekwencją powyższego było pogłębienie się opóźnienia w realizacji ww. umowy. W ocenie Izby w omawianym zakresie nie sposób doszukać zawinionego działania wykonawcy Pesa

Obowiązek informacyjny wynikający z treści kontraktu.

Izba wyjaśnia, że zarzut nierzetelnego informowania Zamawiającego przez Pesa o stanie realizacji umowy trzeba rozpoznawać z uwzględnieniem treści umowy - pkt 20.3 w następującym brzmieniu:

„Jeśli w jakimkolwiek momencie w trakcie wykonywania Umowy, Dostawca lub Podwykonawca(-y) napotkają na warunki utrudniające terminową dostawę Towarów i wykonywanie Usług powiązanych, Dostawca niezwłocznie powiadomi Nabywcę na piśmie o zaistnieniu opóźnienia, jego prawdopodobnym czasie trwania i jego przyczynie(-ach). Najszybciej kiedy to będzie wykonalne po otrzymaniu zawiadomienia od Dostawcy, Nabywca oceni sytuację i ma prawo według swego uznania przedłużyć czas potrzebny Dostawcy na wykonanie zobowiązań, za odszkodowaniem lub bez, a przedłużenie takie zostanie zatwierdzone przez strony na drodze zmiany Umowy”.

Z ustaleń Izby, dokonanych w oparciu o dokumentację postępowania, zeznania świadków, dowody oraz stanowiska Stron wynika, że w toku całego okresu realizacji kontraktu odbyła się duża liczba spotkań na różnych szczeblach. Kontakty Stron odbywały się na szczeblu wykonawczym, średnich menadżerów aż po dyrektorów i członków Zarządu obu spółek, w tym także z udziałem przedstawicieli władz Miasta Krakowa. Potwierdza to przedstawione przez Odwołującego „Zestawienie spotkań MPK S.A. w Krakowie z PESA Bydgoszcz S.A”, które Zamawiający nie zakwestionował. W czasie trwania kontraktu przedstawiciele i pracownicy Zamawiającego mieli dostęp do miejsca produkcji Krakowiaka, czy pracowników każdego szczebla w Pesa, a także dostęp do wszelkiego rodzaju dokumentacji związanej z realizowanym kontraktem. Powyższe potwierdzają zeznania świadków obu Stron, a także dokumentacja w postaci: „notatek służbowych”, protokołów oraz treści korespondencji wymienianej między stronami.

Na wstępie Izba zaznacza, że działania Pesy w zakresie prawidłowego wypełniania obowiązku informacyjnego nie mogły mieć wpływu na opóźnienie w realizacji kontraktu, tzn. nie mogły niwelować ani pogłębiać, występującego opóźnienia, gdyż obowiązek Pesy w tym zakresie sprowadzał się jedynie do przekazywania Zamawiającemu określonych informacji.

Rozpoznając okoliczności związane z wypełnianiem przez Pesę obowiązku informacyjnego, wynikającego z pkt. 20. 3 umowy Izba stwierdziła, że realizacja ww. zobowiązania przez wykonawcę w okresie trwania kontraktu „pozostawiała wiele do życzenia”, gdyż Pesa nie przekazywała Zamawiającemu każdorazowo pełnych, wyczerpujących informacji o powodach i okolicznościach opóźnienia w realizacji kontraktu, do czego była zobowiązana treścią pkt. 20. 3 umowy. Jednak nie sposób pominąć okoliczności wskazanych wcześniej, tj. spotkań przedstawicieli Stron, a także dokumentów, z których wynika ustne przekazywanie przez przedstawicieli Odwołującego, informacji o stanie zaawansowania produkcji tramwajów.

W tym zakresie dla przykładu należy odwołać się chociażby do sytuacji, związanej ze przebiegiem spotkania z 11 marca 2015 r. w toku, którego Odwołujący, co prawda ustnie ale jednak przekazał Zamawiającemu informacje o opóźnieniu w realizacji, kontraktu. Izba podkreśla również, na co wskazywał sam Zamawiający, że termin dostawy pierwszych tramwajów upływał między 11 a 17 maja 2015 r. W związku z tym, oczywistym jest, że już nawet z faktu braku dostawy tramwajów, w tym terminie, Zamawiający mógł, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wnioskować, że występuje opóźnienie w realizacji umowy dostawy Krakowiaków.

Izba wskazuje, że z treści dowodów w postaci notatek służbowych ze spotkań, odbytych pomiędzy przedstawicielami MPK i Pesa wynika, że Pesa, na różnych etapach realizacji kontraktu, w trakcie odbywanych spotkań ustnie informowała przedstawicieli MPK o stanie zaawansowania określonego rodzaju prac, związanych z budową tramwajów. I tak: w „notatce służbowej” ze spotkania z dnia 15 stycznia 2015 r. w którym uczestniczyli przedstawiciele MPK i Pesa w pkt 6 wskazano m. in. „PESA przedstawiła stan zaawansowania produkcji konstrukcji stalowej pudeł tramwaju”. Podobnie w „notatce służbowej” ze spotkania z dnia 19 lutego 2015 r. w którym uczestniczyli przedstawiciele MPK i Pesa w pkt 4 wskazano m. in. „PESA przedstawiła stan zaawansowania produkcji konstrukcji stalowej pudeł tramwaju na hali produkcyjnej – w załączeniu zdjęcia”. Także w „notatce służbowej” ze spotkania z dnia 26 sierpnia 2015 r. w którym uczestniczyli przedstawiciele MPK i Pesa w pkt 1 wskazano m. in. „Przedstawiciele MPK zapoznali się z zaawansowaniem prac przy budowie tramwajów typu 2014N „Krakowiak” od nr 002 do 018. PESA przedstawiła stan zaawansowania produkcji konstrukcji stalowej pudeł tramwaju”.

Również z wypowiedzi Zamawiającego w toku postępowania przed Izba wynikało, że Zamawiający, w określonym czasie, posiadał określony katalog informacji, związanych z opóźnieniem. Tym samym Izba stwierdził, że co prawda Odwołujący nie realizował obowiązku informacyjnego względem Zamawiającego wzorcowo to jednak nie można stwierdzić, że uchybienia Pesy w tym zakresie stanowią zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych, skutkujące wypełnieniem się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

W zakresie powoływanych przez Zamawiającego okoliczności i argumentacji z nimi związanej, odnoszących się do powstania szkody po stronie Zamawiającego, jak również w zakresie jakości produkowanych tramwajów Izba wskazuje, że nie zostały one przywołane i opisane w informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Tym samym w ocenie Izby nie stanowią one podstawy faktycznej wykluczenia Pesa z prowadzonego postępowania. W związku z tym Izba przy orzekaniu nie wzięła pod uwagę stanowisk i argumentacji Stron, a także pominęła dowody złożone w omawianym zakresie.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Zamawiającego w zakresie przyczyn opóźnienia w realizacji umowy dostawy to wedle stanowiska Zamawiającego - wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie oraz w pismach procesowych a także na rozprawie - należą do nich:

- zaciągnięcie przez Pesę nadmiernej ilości zobowiązań,
- nienależycie prowadzony przez Pesę proces produkcji Krakowiaków.

Po przeprowadzeniu analizy materiału dowodowego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał niezbicie, że przyczyną opóźnienia w realizacji umowy dostawy było zawinione działanie Pesa, polegające na tym, że wykonawca, w owym czasie, nie był w stanie udźwignąć wszystkich, przyjętych na siebie zobowiązań, związanych z dostawami pojazdów na rzecz innych podmiotów. W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił również wystarczających dowodów na zawinienie wykonawcy Pesa w zakresie nienależytego sposobu prowadzenia procesu produkcji Krakowiaków, czego skutkiem było wystąpienie opóźnienia w realizacji umowy dostawy.

W kwestii nadmiernej ilości zobowiązań, zaciągniętych przez Pesa, skutkujących wystąpieniem opóźnienia w realizacji umowy dostawy, Izba zwraca uwagę, że Odwołujący nie kwestionował ilości powoływanych przez Zamawiającego kontraktów, realizowanych na rzecz innych podmiotów. Podkreślał jedynie, że Zamawiający z konkretnego faktu (liczby zamówień) wyciągnął w sposób całkowicie nieuprawniony daleko idący wniosek o jej nadmierności. Wyjaśniał również, że ilość zamówień może być mierzona tylko w stosunku do potencjału przedsiębiorstwa, a nie wedle jakiegoś nieznanego miernika z góry oznaczana jako nadmierna.

Izba stanęła na stanowisku, że twierdzenia Zamawiającego, w tym zakresie mają jedynie charakter pewnych przypuszczeń, które nie zostały właściwie potwierdzone. Zamawiający w składanych wyjaśnieniach powołuje się na zobowiązania Pesa, wynikające z umów dostaw pojazdów, realizowanych na rzecz innych Zamawiających, ale nie zestawia tego z określonym potencjałem przedsiębiorstwa Pesa, którego zasób, a w zasadzie brak lub niedobór, wskazywałby, że terminowa realizacja umowy dostawy nie była możliwa. Nie przekonują również powoływane twierdzenia, wskazujące na to, że w związku z przedłużającym się oczekiwaniem na podpisanie umowy z MPK, Pesa zaczęła proces pozyskiwania nowych zamówień, bowiem powyższe należy również osadzić w określonych „możliwościach przerobowych” Pesy w owym czasie. Podczas, gdy wykonawca Pesa w postępowaniu przed Izbą wskazywał, iż Odwołujący, już wcześniej, tzn. jeszcze przed pozyskaniem kontraktu z MPK przygotowywał się do zwiększonej produkcji tramwajów, przez: odpowiednie planowanie, harmonogramowanie, odniesienie zasobów do planów, w tym w zakresie Krakowiaka

W zakresie prowadzenia w sposób nienależyty procesu produkcji Izba podziela stanowisko i argumentację Odwołującego, który w piśmie procesowym z dnia 23 stycznia 2017 r. stwierdził, że „Zamawiający przedstawił w toku postępowania jako dowody wewnętrzną korespondencję mailową pracowników MPK Kraków oraz powołał na te okoliczności świadków. Przeprowadzone dowody, w zderzeniu z zeznaniami świadków powołanych przez Pesa, wskazują jednakże tylko na to, że pracownicy Zamawiającego zaobserwowali jakieś pojedyncze zdarzenia, które w oderwaniu od całokształtu sprawy prowadziły ich do błędnych wniosków, czemu dali wyraz w zeznaniach przez Izbą, a wcześniej w złożonych mailach.

Przykładem charakterystycznym jest kwestia wykonywania otworów w blendach sufitowych. Świadek powołany przez Zamawiającego ocenił działanie pracowników Pesa, którzy otwory takie wykonywali bez użycia otwornicy jako działanie nieprawidłowe. Tymczasem świadek powołany przez Pesa - P.G. wyjaśnił z jakich przyczyn akurat w tym przypadku korzystanie z posiadanej przez Pesa otwornicy wydłużyłoby tę jedną konkretną czynność”.

W tym miejscu Izba odniosła się do kwestii, dotyczącej umów zawartych z poddostawcami komponentów, niezbędnych do realizacji umowy dostawy Krakowiaków.

Z ustaleń Izby wynika, że pismem z dnia 1 października 2014 r. (załącznik nr 20 do odpowiedzi na odwołanie) Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o podanie informacji dotyczących terminów zawarcia kontraktów ze wskazanymi przez Pesę dostawcami zastosowanych w tramwajach zespołów, układów, systemów i innych elementów. W odpowiedzi Pesa, pismem z dnia 13 października 2014 r., wskazała, że dostawy pojazdów będą realizowane zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznik nr 3 do umowy. Ponadto w piśmie podano, iż terminy dostaw zespołów, układów, systemów i elementów niezbędnych do budowy tramwajów zostały zagwarantowane w zamówieniach i umowach z ich dostawcami. Terminy te są zgodne z wymaganiami Zamawiającego i gwarantują realizację tramwajów zgodnie z harmonogramem, stanowiącym załącznik do umowy (załącznik nr 21 do odpowiedzi na odwołanie).

W toku rozprawy Pesa złożyła dowód w postaci „Wykazu złożonych zamówień na dzień 13.10.2014 r.” Ponadto świadek, Pan M.B. zeznał, że „w tamtym okresie Pesa miała potwierdzone dostawy głównych komponentów oraz terminy dostaw, a także, jeżeli wystąpiła sytuacja, że trzeba było wystąpić z zamówieniem, to takie zamówienie, na ten czas zostało złożone. (...) Świadek zeznał również, że „na ten czas Pesa miała potwierdzone wszystkie dostawy głównych komponentów. (...) proces zamawiania komponentów jest procesem, który zależy od terminu dostawy danego komponentu. (...) w przypadku gdy wymagane jest zamówienie komponentu z 4-miesięcznym wyprzedzeniem to wówczas produkt ten jest zamawiany 4 miesiące wcześniej”. Świadek potwierdził również, że zamówienia pozwalały na terminową realizację zamówienia.

Izba uznała, że Zamawiający, poza przywołaniem informacji, uzyskanych podczas targów kolejowych Innotrans w Berlinie nie przedstawił żadnego dowodu na prezentowaną przez siebie tezę, co więcej nie wykazał, iż rzekomy brak umów z poddostawcami stanowi zawinione rażące naruszenie obowiązków zawodowych przez Pesę. Zamawiający jedynie, odnosząc się do przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie w dniu 16 grudnia 2016 r., wyciągu z wykazu zamówień, złożonych do dnia 13 października 2014 r., zarzucił, że brakuje tam m. in. silników Skody, a nadto zasugerował, że zamówienia te były składane dla celów przygotowania odpowiedzi na pismo MPK.

W omawianym zakresie Izba uznała za przekonywujące wyjaśnienia Pesa złożone w piśmie z dnia 29 grudnia 2016 r., w który wykonawca wyjaśniał „że prace nad projektem były realizowane w sposób ciągły bez względu na korespondencję stron, a przekazane zestawienie było zrobione na konkretny dzień, jednak aby rozwiać wątpliwości, co do tego, że zamówienia były składane we właściwym czasie, w tym również ze zamówiono również silniki Skody - do niniejszego pisma Odwołujący załącza kompletny wykaz złożonych zamówień, obejmujący zamówienia złożone przed i po dniu 13 października 2014 r. (*dowód: zestawienie zamówień stanowiące załącznik nr 246 do odpowiedzi na pozew Zamawiającego; zeznania świadka Michała Berga*). Jednocześnie Odwołujący wyjaśnia, że w przypadku zamawiania komponentów do tramwaju Krakowiak postępował zgodnie z obowiązującymi w Pesa procedurami, które przewidują w szczególności wstępną ofertyzację już na etapie postępowania przetargowego i podjęcie negocjacji z wybranymi dostawcami. Końcowe uzgodnienia i zawarcie umów z dostawcami następują po zamknięciu wszelkich uzgodnień technicznych i często długotrwałym procesie negocjacji. W zależności od deklarowanych terminów dostaw, komponenty są zamawiane po zawarciu umowy lub jeszcze przed jej podpisaniem”.

W kontekście powyższego, Izba uznała twierdzenia Zamawiającego, odnoszące się do tego, że wykonawca Pesa „*zbyt późno podjął działania związane z pozyskiwaniem poddostawców*” za jednostronne własne uznanie, które w toku rozprawy nie zostało potwierdzone żadnymi dowodami.

Kolejno Izba odniosła się do kwestii personelu, posiadanego przez Pesa w kontekście personelu, udostępnionego przez KTR (spółkę zależną od Zamawiającego) na potrzeby realizacji umowy dostawy Krakowiaków.

Izba ustaliła, że w wyniku wspólnych uzgodnień pomiędzy Stronami, w celu wsparcia produkcji Krakowiaków pomiędzy wykonawcą Pesa a spółką KTR została w dniu 11 sierpnia 2015 r. zawarta umowa, wynikiem której było udostępnienie wykonawcy Pesa liczby 41 pracowników KTR na potrzeby realizacji umowy dostawy Krakowiaków. Zaangażowanie pracowników Zamawiającego w proces produkcji było spowodowane wyłącznie zagrożeniem opóźnienia w dostawach. Z dniem 17 sierpnia 2015 r. KTR rozpoczęła świadczenie dla Odwołującego usług przy budowie tramwajów.

W toku rozprawy obie Strony, a także powołani świadkowie zgodnie potwierdzali wysokospecjalistyczne kwalifikacje, jak również bogate doświadczenie pracowników KTR. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że rzeczywisty udział liczby 41 pracowników spółki KTR, pracujących w różnych okresach w Pesa bez wątplenia miał wpływ na postęp prac w zakresie budowy Karkowiaków. Jednak w toku rozprawy nie dowiedziono jak wielki to był wpływ, a także, czy w przypadku, gdyby w proces budowy tramwajów nie byłoby zaangażowani pracownicy KTR to ostateczny termin umowy dostawy nie były dotrzymany.

W zakresie argumentacji, odnoszącej się do przyczyn, podanych przez Pesa we wnioskach, kierowanych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wnioski Pesa z dnia 4 i 11 września 2015 r.), w aspekcie niespójności argumentacji Pesa, Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia wykonawcy Pesa, który twierdził, że przyczyną skierowania pisma do Prezesa UZP, było uzyskania pozytywnej opinii w sprawie zawarcia, pomiędzy Pesa a MPK, aneksu, zmieniającego postanowienia umowne, polegającego na wydłużeniu ostatecznego terminu realizacji umowy. W ocenie Pesa, w przypadku uzyskania pozytywnej opinii Zamawiający, byłby skłonny zmienić opisane powyżej postanowienia umowne, gdyż wówczas nie musiałby się obawiać negatywnych skutków, chociażby ze strony kontroli Prezesa UZP. Ponadto Odwołujący oraz powołani przez niego świadkowie D.S. i R.S. twierdzili, że przy redagowaniu wniosku brane były pod uwagę okoliczności, związane ze zmianami projektowymi, opóźnienie w zawarciu umowy, anomalie pogodowe, a także

organicznie w dostawach energii elektrycznej. Jednak wniosek przygotowywał Pan Paweł Nowicki, który ostatecznie zdecydował, że we wniosku znalazła się przyczyna, wskazująca na przedłużenie terminu w zawarciu umowy.

Ponadto Izba uznała za wiarygodne i logiczne zeznania świadka Pani D.S. która zeznała, że „przyczyna, polegająca na zawarciu umowy z 7-miesięcznym opóźnieniem (...) była przyczyną obiektywną, łatwo sprawdzalną a także niezależna od stron. (...) na tym etapie wciąż badano jaki skutek miały pozostałe przyczyny. (...) że w przypadku zmian umowy Pesa stara się nie wskazywać na przyczyny, które mogłyby obciążać Zamawiającego, tak również było w tym przypadku”.

Izba stoi na stanowisku, że podanie w treści wniosków do Prezesa UZP jedynie okoliczności, związanych z przedłużającym się terminem zawarcia umowy, zupełnie nie przesądza o tym, że pozostałe przyczyny, wpływające na termin wykonania umowy dostawy Krakowiaków, w momencie składania ww. wniosków nie istniały. W ocenie Izby, czynione Odwołującemu przez Zamawiającego i Przystępującego zarzuty są całkowicie bezpodstawne, a prezentowana argumentacja chybiona.

W aspekcie omawianej kwestii należy zwrócić uwagę na to, iż wnioskodawcą była bez wątpienia jedynie Pesa. Zatem to Pesie - jako autorowi wniosków, który będzie również ponosił negatywne konsekwencje w przypadku krytycznej opinii Prezesa UZP - przysługiwała kompetencja doboru, określonych argumentów, uzasadniających treść złożonych wniosków. Wobec tego stwierdzić należy, że ryzyko zaniechania podania wszystkich przyczyn obciążało wykonawcę Pesa. W opinii Izby powyższe nie może dowodzić, że pozostałe przyczyny opóźnienia w realizacji umowy dostawy, na które powoływała się Pesa w toku postępowania odwoławczego (tj. wymagania Zamawiającego niesprecyzowane w siwz, które wpływały na etap projektowania oraz etap produkcji Krakowiaków a także anomalia pogodowe w postaci fali upałów w okresie letnim w 2015 r. oraz ograniczenia energii elektrycznej, występujące w miesiącu sierpniu 2015 r.) w momencie składania wniosków nie istniały lub też że nie miały wpływu na wystąpienie opóźnienia w

realizacji umowy dostawy Krakowiaków. Biorąc pod uwagę powyższe można stwierdzić jedynie, że opisanych powyżej okoliczności nie zawarto w ww. wnioskach do Prezesa UZP. Na koniec powyższego wyводу zaznaczyć jedynie należy, że Pesa nie otrzymała ze strony Prezesa UZP odpowiedzi na złożone wnioski.

W konkluzji omawianego zarzutu Izba stwierdziła, że przeprowadzone postępowanie dowodowe przed Izba nie doprowadziło do potwierdzenia wystąpienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał ziszczenia się przesłanek opisanych w powyższym przepisie, tj. że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w określonym czasie przed wszczęciem postępowania, poważnie naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.

Reasumując, Izba potwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1a Pzp.

W związku z tym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności: wykluczenia z postępowania Pesa, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, oraz czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, a w konsekwencji nakazała przywrócić do postępowania wykonawcy Pesa.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....
.....
.....