

Sygn. akt: KIO 1867/13

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Anna Packo

Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Knorr-Bremse Systemy dla Kolejowych Środków Lokomocji PL Sp. z o.o., ul. Sz. Szymonowica 85, 30-396 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez „**Koleje Mazowieckie – KM**” Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Centrum Badawczo-Rozwojowe Autocomp Management Sp. z o.o., ul. Władysława IV 1, 70-651 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Knorr-Bremse Systemy dla Kolejowych Środków Lokomocji PL Sp. z o.o., ul. Sz. Szymonowica 85, 30-396 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Knorr-Bremse Systemy dla Kolejowych Środków Lokomocji PL Sp. z o.o., ul. Sz. Szymonowica 85, 30-396 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Knorr-Bremse Systemy dla Kolejowych Środków Lokomocji PL Sp. z o.o., ul. Sz. Szymonowica 85, 30-396 Kraków** na rzecz „**Koleje Mazowieckie – KM**” Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa wszczął w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę symulatora jazdy pociągiem, znak sprawy MWZ3-205-42-2013.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2013r. pod numerem 2013/S 084 – 142764.

Pismem z dnia 26 czerwca 2013r. Zamawiający w punkcie 3 tego pisma, działając na podstawie art.87 ust.1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego - Knorr-Bremse Systemy dla Kolejowych Środków Lokomocji PL Sp. z o. o., ul. Sz. Szymonowica 85, 30-396 Kraków do złożenia wyjaśnienia zapisów pkt. 7 i 15 formularza ofertowego albowiem występują pomiędzy nimi sprzeczności zapisów.

Zamawiający wskazał, że w pkt 7 i pkt 15 formularza ofertowego wykonawca akceptuje istotne postanowienia i zobowiązuje się do podpisania umowy, zgodnie z wymogami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego, natomiast zaś w pkt 15 formularza ofertowego wykonawca zamieścił uwagę dotyczącą: przekazania kodów, ograniczenia odpowiedzialności, maksymalnej wysokości kar umownych, zmian przepisów prawnych oraz terminu rozpoczęcia gwarancji, z której wynika, że zapisy muszą być uzgodnione obustronnie.

Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia, czy w przypadku wybrania oferty wykonawcy, wykonawca wykona zamówienie zgodnie z postanowieniami SIWZ(w tym zgodnie z zapisami zawartymi w pkt. 7 formularza ofertowego) bez jakichkolwiek zastrzeżeń i uzgodnień, o których mowa w pkt. 15 Formularza ofertowego.

W wykonaniu powyższego wezwania Odwołujący pismem z dnia 10 lipca 2013r. udzielił odpowiedzi na zadane pytanie Zamawiającego podtrzymując między innymi odmowę udostępnienia kodów źródłowych.

W pierwszej kolejności Odwołujący w zakresie kodów źródłowych – załącznik 7 do SIWZ § 2 pkt. 3 i 4 oraz § 3 pkt. 1 ppkt.3 wyjaśnił, że symulator pojazdu jest urządzeniem,

które powinno działać podczas całego cyklu życia pojazdu, w tym również po jego modernizacji, a oprogramowanie jest jego główną częścią, dlatego też długoterminowy dostęp do oprogramowania musi być zapewniony.

Podał, że Sydac Pty oraz Knorr – Bremse Polska, jako część Grupy Knorr – Bremse, posiadają ponad stuletnią historię, stąd też są w stanie go zapewnić, a w związku z tym oświadczył, że odmawia udostępnienia kodów źródłowych.

Odwołujący stwierdził również, że w celu zabezpieczenia się przed zdarzeniami, które są mało prawdopodobne, czyli przypadków gdyby Sydac Pty wraz z Knorr – Bremse nie mógł zagwarantować spełnienia powyższych warunków, zasugerował depozyt kodu źródłowego oprogramowania oraz bibliotek u notariusza (tak zwana procedura „Escrow”).

Poinformował również, że w porozumieniu Escrow kryteria dotyczące dostępu (np. w przypadku upadłości wykonawcy) zostaną dokładnie zdefiniowane.

W zakresie ograniczenia odpowiedzialności zawniósł, opierając się o zasady Grupy kapitałowej Knorr – Bremse o ustanowienie całkowitego limitu odpowiedzialności wykonawcy, która to odpowiedzialność może powstać w związku z realizacją umowy, oraz o wyłączenie odpowiedzialności za szkodę pośrednią rozumianą, jako straty lub szkody poniesione w wyniku wady samego produktu, takie jak, ale nie ograniczone do utraconych korzyści, utraty danych, kosztów podróży dla pracowników wykorzystujących symulatory znajdujące się w innych krajach/lokalizacjach itp.

W związku z powyższym zaproponował ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy do kwoty odpowiadającej 100% wartości netto zamówienia. Ograniczenie to dotyczy wszelkiej odpowiedzialności wykonawcy mogącej wynikać z umowy, w tym odszkodowań, kar umownych, rękojmi i gwarancji.

Zastrzegł również, że ograniczenie odpowiedzialności nie ma zastosowania jednak w przypadku, gdy właściwe przepisy prawa wykluczają możliwość ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności, w przypadku rażącego niedbalstwa, umyślnej zwłoki oraz w związku ze śmiercią bądź uszkodzeniem ciała jakiegokolwiek z osób.

W zakresie maksymalnej wysokości kar umownych – załącznik 7 do SIWZ § 7 podniósł, że zwyczajowo kary umowne są ograniczone, ponieważ nie są przeznaczone, jako narzędzie do naprawy błędów.

W związku z tym zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wprowadzenie ograniczenia dotyczącego wysokości kar umownych poprzez wskazanie maksymalnej wysokości kar umownych (np. łączna kwota kar umownych nie może przekroczyć 5 % wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może dochodzić odszkodowania przenoszącego wysokość kar umownych).

W zakresie zmiany obowiązujących przepisów prawnych i aktualnym stanie wiedzy technicznej stwierdził, że zaproponowany wzór umowy nie zawiera warunków dotyczących zmian w obowiązujących przepisach i aktualnym stanie wiedzy technicznej, a tego typu zmiany mogą powodować znaczące ryzyko dla stron kontraktu i bez jakichkolwiek uregulowań mogą być w tym czasie przyczyną konfliktu.

W związku z powyższym Odwołujący zasugerował Zamawiającemu wyraźne zastrzeżenie w umowie, że przedmiot zamówienia ma zostać wykonany zgodnie z przepisami prawa oraz rozwiązaniami technicznymi obowiązującymi w momencie zawarcia umowy, a także, że późniejsze zmiany przepisów i rozwiązań technicznych nie mają wpływu na przedmiot zamówienia.

W zakresie terminu rozpoczęcia obowiązywania gwarancji – załącznik 7 do SIWZ § 5 pkt.2 Odwołujący zauważył, że zgodnie z zapisami okres gwarancji rozpoczyna się od daty podpisania protokołu końcowego przedmiotu umowy bez uwag.

Wskazał również, że podpisanie protokołu odbioru końcowego jest uzależnione tylko i wyłącznie od Zamawiającego i nie ma związku z innymi warunkami, umożliwiającymi rozpoczęcie okresu gwarancyjnego, co wiąże się z ryzykiem nielimitowanego okresu gwarancyjnego.

Z powyższych względów Odwołujący chciałby powiązania okresu gwarancji z innymi warunkami dotyczącymi możliwości użytkowania symulatora.

Jednocześnie prosił o możliwość wprowadzenia następującego zapisu: „odbior końcowy nie będzie bezzasadnie wstrzymywany przez Koleje Mazowieckie”.

Pismem z dnia 25 lipca 2013r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyniku postępowania: wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Autocomp Management Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie i odrzuceniu oferty Odwołującego.

W swoim uzasadnieniu do powyższej czynności Zamawiający podał, że w trakcie badania oferty stwierdził, że w pkt 7 i pkt 15 Formularza ofertowego gdyż wystąpiła sprzeczność zapisów.

Zamawiający motywował, że w pkt 7 Formularza ofertowego wykonawca zaakceptował istotne postanowienia i zobowiązał się do podpisania umowy, zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego, natomiast w pkt 15 Formularza ofertowego wykonawca zamieścił uwagę dotyczącą: przekazania kodów, ograniczenia odpowiedzialności, maksymalnej wysokości kar umownych, zmian przepisów prawnych oraz terminu rozpoczęcia gwarancji, z której wynika, że zapisy muszą być uzgodnione obustronnie.

Zamawiający wskazał również, że na wezwanie do złożenia wyjaśnień, wykonawca podtrzymał odmowę udostępnienia kodów źródłowych, co - w jego ocenie - sprzeczne jest z postanowieniami § 2 ust. 4 istotnych postanowień umowy.

Wobec tego, że według Zamawiającego treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oferta podlegała odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Dodatkowo Zamawiający podał, że w trakcie badania oferty, stwierdził, że Odwołujący nie złożył dokumentów dla podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy, który będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z rozdziałem VIII ust.12 SIWZ – jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w rozdziale VII ust.1 pkt. 2, pkt. 4 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art.26 ust.2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca składa w odniesieniu do Tyc podmiotów(w tym przypadku dla podmiotu Sydac) dokumenty wymienione w rozdziale VIII ust.9, ust.11 SIWZ, dotyczących każdego z tych podmiotów.

Przypomniał, że wykonawca został w tej sprawie wezwany na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp do złożenia powyższych dokumentów.

Zamawiający przypomniał, że uzupełniony w wyniku powyższego wezwania dokument podmiotu Sydac Pty Ltd., wystawiony przez National Criminal History Czech

(polski odpowiednik KRK) dla Pana D..... D..... potwierdza jego niekaralność na dzień 8 lipca 2013r., podczas gdy zgodnie z art.26 ust.3 ustawy Pzp, złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty, powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a więc na dzień 6.06.2013r.

Zamawiający przyznał przy tym, że wykonawca przedłożył oświadczenie Pana D..... D..... złożone przed notariuszem, potwierdzające niekaralność na dzień 4 czerwca 2013r., ale zgodnie z rozdziałem VIII ust.14 SIWZ takie oświadczenie składane jest w przypadku, gdy nie wydaje się dokumentów, o których mowa w rozdziale VIII ust.13 pkt. 2 SIWZ.

Wobec tego – zdaniem Zamawiającego – wykonawca nie wykazał spełniania warunku nie podlegania wykluczeniu na dzień 6 czerwca 2013r. i na podstawie art.24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp podlega on wykluczeniu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 sierpnia 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przeciwko czynności Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz czynności wyboru oferty złożonej przez Autocomp Management Sp. z o.o., ul. Władysława IV nr1, 70-651 Szczecin.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ K.c., art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 i art. 29 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na brak zgody na wszystkie istotne postanowienia umowy, gdy tymczasem postanowienia te prowadziły do naruszenia zasad współżycia społecznego, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z przetargu ze względu na niezłożenie oczekiwanych przez Zamawiającego dokumentów, których żądanie nie znajdowało jednak podstawy w przepisach prawa;

3) naruszenie art. 26 ust. 1 i 2b ustawy Pzp przez uznanie przez Zamawiającego, że wybrany wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności, iż udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu, gdy tymczasem zachodzi podejrzenie, że korzystanie to ma charakter tylko pozorny;

4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i

zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, gdy tymczasem oferta ta zawiera cenę rażąco niską.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Autocomp Management Sp. z o.o.,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z przetargu,
- 4) powtórzenie czynności oceny ofert, z ostrożności procesowej wnosił zaś o:
- 5) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podkreślił, że przekazanie kodów źródłowych programów sterujących symulatorem, wraz z przekazaniem Zamawiającemu prawa do ich kompilacji i modyfikacji zarówno przez Zamawiającego, jak i podmioty trzecie wykonujące prace na rzecz Zamawiającego (a taki obowiązek także wynika z § 2 pkt 4 istotnych postanowień umowy), stanowiłoby de facto przekazanie Zamawiającemu praw do nieskrępowanego korzystania z know-how, tajemnicy przedsiębiorstwa, praw wynalazczych producenta symulatora, a przede wszystkim stanowiłoby zgodę na korzystanie z inżynierii odwrotnej celem uzyskania wszechstronnej wiedzy odnośnie składników oprogramowania.

Zdaniem Odwołującego nie można rozsądnie oczekiwać, że jakkolwiek liczący się producent oprogramowania przekazałby swojemu kontrahentowi tak szeroki wachlarz praw do korzystania ze swojego produktu (zresztą, jak wynika z treści zawiadomienia, podobne zastrzeżenie jak Odwołujący złożył także OKTAL SAS 2).

Wskazał przy tym, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stanowią inaczej.

Powyższe oznacza – w ocenie Odwołującego, że umowy zawierane w sprawach zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny oraz w sprawie zamówienia publicznego znajdują zastosowanie przede wszystkim postanowienia księgi trzeciej (zobowiązania) oraz księgi pierwszej (część ogólna) Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem jednak pewnych ograniczeń swobody kontraktowania narzuconych przez ustawę o zamówieniach publicznych.

Podniósł, że powyższe oznacza przede wszystkim, że umowa zawarta wskutek udzielenia zamówienia publicznego podlega kontroli z punktu widzenia przestrzegania zasady swobody umów, w tym w zakresie zgodności umowy z zasadami współżycia społecznego (art. 353 K.c.).

Podkreślił dodatkowo, że działanie Zamawiającego budzi wątpliwości z punktu widzenia zgodności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku zamówienia publicznego.

Drugi zarzut odnosił się do braku podstaw wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego spółka Sydac Pty Ltd. jest w przedmiotowym zamówieniu jego podwykonawcą, zaś w zawiadomieniu z dnia 25 lipca 2013r. Zamawiający wskazał, że jest to podmiot trzeci, z którego zasobów Odwołujący korzystał będzie na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Bez względu na ocenę uczestnictwa spółki Sydac w realizacji zamówienia publicznego przez Odwołującego, wskazał, że Zamawiający wadliwie zażądał od niego przedstawienia zaświadczenia o niekaralności dla Pana D..... D....., bowiem w obowiązujących przepisach brak bowiem podstawy prawnej dla takiego żądania.

Powołał się na art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości oraz że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną, a także potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Nadto wskazał rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013, Nr 231), gdzie na jego gruncie:

1. zgodnie z § 8 przepisy rozporządzenia stosuje się odpowiednio do podwykonawców, jednak tylko w przypadku zamówień, o których mowa w art. 131 a ust. 1 ustawy Pzp. i tylko do podwykonawców, o których mowa art. 131n ustawy Pzp (chodzi o podwykonawców zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa). Wskazywał, że a contrario przyjęć należy, że brak w obecnych regulacjach prawnych podstawy do żądania od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających brak karalności podwykonawcy;

2. zgodnie z § 1 ust. 6, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać wyłącznie dokumentów wskazanych w tym przepisie rozporządzenia. Zauważył przy tym, że dokumenty te dotyczą sytuacji ekonomicznej, finansowej oraz zasobów podmiotu udostępniającego je wykonawcy; a zatem także i w tym przypadku brak w obecnych regulacjach prawnych podstawy do żądania od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających brak karalności podmiotu, z którego zasobów wykonawca będzie korzystał.

Bez względu na to, jak ocenić udział spółki Sydac w wykonaniu zamówienia przez Odwołującego, zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne żądanie zarówno przedstawienia dokumentu potwierdzającego niekaralność D..... D....., jak również jakichkolwiek innych dokumentów dotyczących podwykonawcy Sydac.

Pomijając powyższe stwierdził, że Odwołujący przedstawił prawidłową i kompletną dokumentację dotyczącą braku karalności D..... D....., bowiem właściwym dokumentem potwierdzającym brak karalności D..... D..... jest oświadczenie złożone przed właściwym organem - odpowiednikiem polskiego notariuszem (a justice of the peace).

Wyjaśnił, że Australii brak jest odpowiednika Krajowego Rejestru Karnego.

Po pierwsze, dokument wydany przez National Criminal History Check nie jest odpowiednikiem zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Jak wynika z treści podpisu pod dokumentem, jest on wydawany przez National Crime Check Pty Ltd, a więc spółkę prawa handlowego, a nie organ państwa.

Po drugie zaś, z klauzul zawartych w dokumencie (drobny druk w dolnej jego części) wynika, że dokument ten ma funkcję jedynie uzupełniającą („The information in this report should form only one part of any process for determining a person's suitability for any entitlement, profession, undertaking, appointment or employment”).

Trzeci zarzut odnosił się do wadliwości czynności Zamawiającego - wyboru oferty złożonej przez Autocomp Management Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dokonał należytej analizy oferty zgłoszonej przez Autocomp Management Sp. z o.o., a oferta ta wzbudza poważne wątpliwości, a to z następujących przyczyn:

1. Cena zaproponowana przez ww. wykonawcę jest ceną rażąco niską. Wskazał przy tym, że średnia cena zaproponowana przez pozostałych oferentów wynosiła ok. 3 500 000 zł, gdy tymczasem zwycięzca zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1 800 000 zł. Także i treść oferty wskazuje – według Odwołującego, że Zamawiający liczył się ze znacznie wyższą ceną (wymóg dokonania choć jednej dostawy symulatora za kwotę nie niższą niż 3 000 000 zł, wymóg posiadania zdolności finansowej w kwocie nie niższej niż 2 500 000 zł). Podkreślił, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oferta ulega odrzuceniu, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. W ocenie Odwołującego Autocomp Management Sp. z o.o. nie posiada żadnego doświadczenia i referencji w zakresie obrotu lub produkcji symulatorów kolejowych oraz, generalnie, rynku kolejowego. Spółka ta nie posiada doświadczenia zarówno w zakresie samego urządzenia symulatora jazdy pociągiem, jak i w zakresie oprogramowania koniecznego dla korzystania z takiego urządzenia. Wyraził wątpliwość, czy wybrany Wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jeżeli nawet Wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, to „zobowiązanie podmiotu trzeciego winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu”. Postawił również zagadnienie czy dochodzi do realnego korzystania przez Autocomp Management Sp. z o.o. z zasobów podmiotu trzeciego, czy też jest to korzystanie tylko pozorne, a zaangażowanie podmiotu trzeciego ma na celu wyłącznie spełnienie wymagań formalnych koniecznych dla udziału w postępowaniu.

Podniósł, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w przypadku niespełnienia warunków udziału w przetargu oferta ulega odrzuceniu.

3. Spółka Autocomp Management Sp. z o.o. została założona przez grupę pracowników naukowych Politechniki Szczecińskiej, co wynika wprost z informacji zamieszczonych na stronie internetowej tej spółki. Na tle tej okoliczności wyraził wątpliwość,

czy i na ile potencjał technologiczny spółki Autocomp Management Sp. z o.o. opiera się na potencjale naukowym samej Politechniki Szczecińskiej, bowiem korzystanie ze środków publicznych w realizacji zamówienia w powiązaniu z rażąco niską ceną zaproponowaną przez zwycięzcę przetargu skutkuje powstaniem poważnych wątpliwości odnośnie zgodności postępowania z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Pzp).

W dniu 5 sierpnia 2013r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca - Autocomp Management Sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym z siedzibą w Szczecinie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty Odwołującego i Przystępującego, zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 25 lipca 2013r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ K.c., art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 i art. 29 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art.93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp.

Izba uznała jednak naruszenie po stronie Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 1 i ust.2b ustawy Pzp.

Jednymi z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były kwestie oceny czy treść oferty złożonej przez Odwołującego odpowiadała treści SIWZ oraz czy wykonawca ten spełniał warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, a także czy wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym przetargu był uzasadniony pod względem prawnym.

Rozpatrując pierwszy zgłoszony zarzut, Izba stwierdziła, że Zamawiający miał pełne podstawy prawne do odrzucenia przedmiotowej oferty Odwołującego z uwagi w istocie na brak zaoferowania wykonania zamówienia zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym część SIWZ.

Izba ustaliła, że w złożonym przez Odwołującego formularzu ofertowym zostały złożone dwa wykluczające się oświadczenia woli.

Z jednej strony Odwołujący w pkt. 7 tego formularza ofertowego zaakceptował istotne postanowienia umowy i zobowiązał się do podpisania umowy, zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego, a z drugiej strony w pkt.15 tegoż formularza uczynił zastrzeżenie, że zapisy dotyczące: przekazania kodów, ograniczenia odpowiedzialności, maksymalnej wysokości kar umownych, zmian przepisów prawnych oraz terminu rozpoczęcia gwarancji muszą być uzgodnione obustronnie.

Odwołujący w postępowaniu wyjaśniającym podjętym w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp z inicjatywy Zamawiającego podtrzymał swoje stanowisko w tym zakresie, prowadząc w ten sposób do braku skutecznej eliminacji powyższej sprzeczności z treści oferty.

Dokonując, zatem wykładni oświadczenia woli Odwołującego zawartego w pkt. 7 i 15 formularza ofertowego, Izba doszła do przekonania, że nie złożył on oświadczenia definitywnego, odpowiadającego treści istotnych postanowień SIWZ(vide: załącznik nr 7 do SIWZ Istotne postanowienia umowy - § 2 ust.4, § 5, § 7 i § 12), lecz w istocie zaprosił Zamawiającego do negocjacji, co pozostaje w rażącej sprzeczności z przepisami rozdziału III ustawy Pzp dotyczącego trybów udzielania zamówień i przepisu art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp, który stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Obowiązywania powyższej normy przepisu art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp o charakterze zarówno *iuris cogentis*, jak i *lex specialis*, nie mogą w żaden sposób ograniczyć jakiegokolwiek regulacje z zakresu kodeksu cywilnego, bowiem stosownie do brzmienia art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W rozpoznawanej sprawie istnieją powołane wyżej unormowania prawne na gruncie ustawy Pzp nadające szczególne znaczenie treści złożonej oferty, ograniczające możliwości jej modyfikacji na etapie po jej złożeniu.

Reasumując tak zaproponowana oferta przez Odwołującego w ogóle nie mogła zostać przyjęta przez Zamawiającego, a to z uwagi na dyspozycję przepisu art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższej argumentacji prawnej wskazanej przez Izbę, Odwołujący wydaje się nie zauważać, że jego odwołanie wymierzone przeciwko treści SIWZ, będące wyrazem braku jego akceptacji wobec jego treści jest spóźnione.

Należy wyraźnie wskazać, że zgodnie z art.182 ust.2 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Izba stwierdziła, że Odwołujący z przysługującego mu środka ochrony prawnej, w tym zakresie nie skorzystał, zatem nie może w chwili obecnej powoływać się na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.29 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiego zgłoszonego zarzutu w zakresie braku złożenia przez Odwołującego dokumentacji podmiotowej dotyczącej osób trzecich Izba uznała, że Zamawiający miał prawo żądać spornych dokumentów na podstawie postanowień rozdziału VIII pkt. 12 w związku z pkt. 9 ppkt. 5 i 6 i pkt.11 SIWZ – wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podstawę prawną do takiego żądania stanowi przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane(Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.), zgodnie, z którym jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały

udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3.

Odniesienie do tych dokumentów znajduje się zaś w ust. 3 § 3 cyt. wyżej rozporządzenia, w myśl, którego jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

W kontekście powyższych uregulowań prawnych – według zapatrywania Izby - Zamawiający nie wykazał, że oświadczenie złożone przed australijskim notariuszem nie zastępuje zaświadczenia wydanego przez Policję australijską, którego treść nie musi również odpowiadać tej wynikającej z polskiej regulacji Krajowego Rejestru Karnego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że procedura uzyskania oficjalnego świadectwa wydawanego przez Policję w Australii jest czasochłonna, co potwierdza oświadczenie złożone przed australijskim notariuszem z dnia 4 czerwca 2013r. załączone do oferty oraz informacja przedstawiona przez Zamawiającego ze strony National Crime Check.

Izba wzięła również pod uwagę, że usługa National Crime Check w zakresie wydawania świadectw o niekaralności jest prowadzona przez spółkę prawa handlowego – National Crime Check Pty Ltd, co wyklucza możliwość przypisania temu podmiotowi uprawnień organu administracyjnego.

W tym stanie rzeczy Izba uznała w tej sprawie za równoważne oświadczenie złożone przed notariuszem, skoro jest mało prawdopodobne uzyskanie stosownego zaświadczenia od Policji australijskiej w terminie określonym w rozporządzeniu, według treści odpowiadającej prawu polskiemu.

Z powyższych względów należało uznać, że Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do wykluczenia wykonawcy ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu braku przedłożenia powołanego wyżej dokumentu podmiotowego.

Przechodząc do zarzutów Odwołującego skierowanych przeciwko ofercie konkurencyjnej – w ocenie Izby - nie znalazły one potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym.

Za bezzasadne Izba uznała twierdzenie Odwołującego o złożeniu przez Przystępującego oferty zawierającej rażąco niską cenę, skoro Zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2013r. wszczął postępowanie wyjaśniające w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp zwracając się o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, biorąc pod uwagę czynniki obiektywne, a Przystępujący stosownie do powyższego żądania pismem z dnia 18 lipca 2013r. udzielił stosownych wyjaśnień, podkreślając między innymi duże doświadczenie i wielokrotną sprzedaż oprogramowania niemieckiej firmy Krauss – Maffei Wegmann(KMW), która zaproponowała korzystną cenę na ten element oferty i modyfikację przedmiotowego oprogramowania.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący samej procedury wyjaśniającej i udzielonych wyjaśnień Przystępującego nie zakwestionował, lecz jedynie bardzo ogólnie stwierdził, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Wobec tego Izba uznała, że zaproponowana przez Przystępującego cena na poziomie 1 800 000 zł nie ma charakteru ceny nierealistycznej, zaproponowanej poniżej kosztów świadczenia i nie stanowi rażąco niskiej ceny, lecz jest przejawem normalnej gry rynkowej wykonawców.

Ostatecznie Izba potraktowała zarówno zarzut nie posiadania doświadczenia przez Przystępującego, jak i zarzut korzystania przez tego wykonawcę z potencjału Politechniki Szczecińskiej za gołosłowny, niemający żadnego potwierdzenia dowodowego i wpływu na ocenę oferty Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

.....

.....