

Sygn. akt: KIO/UZP 1444/09

WYROK
z dnia 24 listopada 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Członkowie: **Sylwester Kuchnio**
 Emil Kuriata

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Małopolskie, 31-156 Kraków, ul. Basztowa 22** protestu z dnia 4 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr. (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa elektrycznych zespołów trakcyjnych do wykonywania regionalnych przewozów pasażerskich.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 13 maja 2009 r., pod nr 2009/S 91-131088.

W dniu 4 września 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności odrzucenia jego oferty i zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 i 4 i wnosząc o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, wykluczenie Przystępującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, wybór oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego się, Zamawiający błędnie przyjął, iż oferta Odwołującego się jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i bezpodstawnie zaniechał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W wyjaśnieniach udzielonych pismem z dnia 18 sierpnia 2009 r. Odwołujący się wyraźnie wskazał, że składając ofertę na dostawę pięciu sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych (ezt) omyłkowo nie dokonał pomnożenia kwoty za dostawę jednego ezt, tj. kwoty 14.980.000 zł, przez liczbę 5, tj. przez liczbę pojazdów składających się na przedmiot zamówienia. Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego się, prawidłowa cena jego oferty wynosi

74.900.000,00 zł brutto. Jest to oczywista omyłka rachunkowa, jednakże fakt ten nie powinien skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego się. Zdaniem Odwołującego się, jego stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 772/09, wyrok z 25 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 214/08, wyrok z dnia 21 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 20/09, wyrok z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 133/09) oraz stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie omyłek rachunkowych.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z oczywistym niezamierzonym błędem rachunkowym. Dla każdego podmiotu, działającego na rynku taboru kolejowego, w tym dla zamawiających dokonujących zakupów taboru kolejowego, jest bowiem oczywistym, iż dostawa jednego ezt (wraz ze świadczeniami dodatkowymi - usługi serwisowe, szkolenie personelu itp.) wiąże się na rynku polskim z koniecznością zapłacenia wykonawcy wynagrodzenia w kwocie co najmniej kilkunastu milionów złotych. Sam Zamawiający określił jako warunek doświadczenia wymagany w tym postępowaniu dostawę "co najmniej 2 ezt o wartości nie mniejszej niż 30.0000.000 zł", a więc przyjął, że dostawa jednego ezt ma wartość ok. 15.000.000 zł. Tym samym, oczywistym, widocznym na pierwszy rzut oka powinno być dla Zamawiającego, iż wpisanie przez wykonawcę jako ceny za realizację przedmiotu zamówienia obejmującego dostawę pięciu ezt (wraz ze świadczeniami dodatkowymi) kwoty 14.980.000 zł brutto jest wynikiem niezamierzonego błędu rachunkowego.

Ponadto, zarówno z treści oferty (formularza ofertowego) oraz wyjaśnień Odwołującego się, zawartych w piśmie z 18 sierpnia 2009 r., wyraźnie wynika, że złożył on ofertę na cały przedmiot zamówienia, tj. z uwzględnieniem wszelkich elementów składowych zamówienia, w tym świadczenia usług serwisowych w okresie gwarancyjnym oraz przeszkolenia personelu użytkownika. Wprawdzie w przedmiotowych wyjaśnieniach posłużył się pojęciem "cena za dostawę", lecz dla Zamawiającego i wykonawców uczestniczących w postępowaniu oczywistym jest, że pojęcie to obejmuje dostawę wraz ze wszelkimi świadczeniami dodatkowymi (w tym serwis gwarancyjny, szkolenie) wymaganymi przez Zamawiającego. Sam Zamawiający w formularzu oferty, stanowiącym Załącznik nr 1 do siwz, w pkt 2 "Oferta na temat: ..." użył sformułowania: "Dostawa elektrycznych zespołów trakcyjnych do wykonywania regionalnych przewozów pasażerskich" i taką też nazwę nadał zamówieniu w Ogłoszeniu (pkt 11.1.1). Na dostawę w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia składają się zatem również m.in.: ceny zespołów, podzespołów i części wymienionych w załączniku nr 6 do siwz, cła, podatki, oraz wszystkie koszty związane z świadczeniem usług serwisowych w okresie gwarancyjnym oraz przeszkolenie personelu użytkownika. Również Zamawiający w § 10 ust. 1 wzoru umowy zawarł postanowienie, że "W przypadku braku uwag, o których mowa w § 9 ust 4 dot. uszkodzenia pojazdu w trakcie

dostawy, podpisanie protokołu odbioru dostarczonego pojazdu, o którym mowa w § 2 ust 4 stanowi podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury w wysokości 1/6 należności za wykonanie przedmiotu zamówienia określonej w § 6. Mając na uwadze, że w dniu 1 lipca 2009 r. Zamawiający zmienił zakres zamówienia z dostawy sześciu ezt na dostawę pięciu ezt, w treści § 10 ust. 1 chodzi z pewnością o 1/5 należności. Przyjęta przez Zamawiającego regulacja wskazuje na to, że również Zamawiający dzieli cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia na pięć części związanych z dostarczeniem kolejnych ezt, nie przewidując wystawiania osobnych faktur za dostawę części zamiennych, serwisowania czy szkolenia personelu użytkownika, które to usługi, w pierwotnym brzmieniu siwz, miały być w ogóle usługami bezpłatnymi.

Powyższe potwierdza także fakt usunięcia z siwz, w związku z pytaniem 322, załącznika nr 8 do siwz, w którym Zamawiający pierwotnie zawarł zestawienie cen za wykonanie zamówienia - znajdowała się tam cena jednego pojazdu, cena szkoleń personelu użytkownika, cena serwisu pojazdów w okresie gwarancji, cena dostarczonych zespołów, podzespołów i części oraz pozycja "inne". Ponadto, Zamawiający zmodyfikował treść załącznika nr 4 i załącznika nr 6 do siwz zmieniając zapisy, że wykonawcy w ramach wykonania umowy dostarczą nieodpłatnie zespoły, podzespoły i części do ezt oraz, że nieodpłatnie przeprowadzą szkolenia personelu użytkownika, na zapisy, że ww. części przedmiotu zamówienia, zostaną wykonane w cenie zamówienia.

Z ostrożności Odwołujący się wskazuje także, że jego oferta nie tylko nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, lecz nie wypełnia dyspozycji żadnego innego artykułu dotyczącego odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z Komentarzem wydanym przez UZP, wydanie 3 "Pojęcie błędu wiąże się z instytucją oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego. W świetle tego prawa błąd stanowi jedną z wad oświadczenia woli (art. 82 i nast. kc). Błąd oznacza mylne wyobrażenie o prawdziwym stanie rzeczy, a istotny jest wówczas, gdy uzasadnia przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (art. 84 par. 1 i 2 kc). W praktyce, chodzi z reguły o błąd co do faktu, polegający na fałszywym wyobrażeniu nie tyle samej treści oświadczenia woli, ile o innych składnikach czynności prawnej. W przypadku zamówień publicznych może to dotyczyć m.in. takich elementów, jak przedmiot zamówienia czy cena." Zdaniem Odwołującego się, w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z taką sytuacją, gdyż jak zostało wskazane wyżej i co potwierdził sam Odwołujący się, składając ofertę miał świadomość, jakie elementy składają się na przedmiot zamówienia i złożył ofertę na cały przedmiot zamówienia.

W ocenie Odwołującego się, Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na załączenie do oferty Listu Referencyjnego, który zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Dostawa 11 szt. ezt typu 16 WEk, znak ED74 została dokonana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez PKP "Przewozy Regionalne" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zakres umowy nie obejmował jedynie wyprodukowania i dostarczenia Zamawiającemu 11 ezt. Zobowiązania obejmowały również przekazanie Zamawiającemu, wraz z dostawą pierwszego pojazdu, świadectwa dopuszczenia typu pojazdu do eksploatacji wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (UTK) oraz zatwierdzonej przez Prezesa UTK Dokumentacji Technologicznej Systemu Utrzymania oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (§ 3 ust. 2 umowy). Przystępujący nie wywiązał się z obowiązków nałożonych na nią postanowieniami umowy, gdyż do dnia dzisiejszego Dokumentacja Technologiczna Systemu Utrzymania nie została zatwierdzona przez Prezesa UTK.

Ponadto, Przystępujący nie wykonał dostaw ezt w terminach wynikających z Harmonogramu Wykonania Zamówienia, dołączonego do oferty i stanowiącego załącznik do umowy. Zgodnie z tym harmonogramem pierwszy pojazd miał zostać dostarczony Zamawiającemu do dnia 30 kwietnia 2007 r., kolejne dwa pojazdy nie później niż do dnia 31 lipca 2007 r., pozostałe osiem pojazdów nie później niż do dnia 31 grudnia 2007 r. (Oferta Wykonawcy - Załącznik nr 5 do Rozdziału III Harmonogram Wykonania Zamówienia oraz § 3 umowy). Terminy dostaw ezt były tymczasem kilkakrotnie aneksowane w niejasnych okolicznościach. Aneksy nie wskazują w żaden sposób na przyczyny oraz podstawę prawną tych zmian, mimo iż przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie dokonywania zmian zawierały ścisłe ograniczenia co do dopuszczalności zmian umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. Na skutek aneksów przesunięciu uległy terminy dostarczenia pojazdów. Dostawa pierwszego pojazdu, a wraz z nią dostarczenie Zamawiającemu świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz zatwierdzonej Dokumentacji Technologicznej Systemu Utrzymania oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej, uległo przesunięciu z dnia 30 kwietnia 2007 r. na dzień do 15 czerwca 2007 r., a następnie do dnia 19 lipca 2007 r. Dostawa drugiego pojazdu została przesunięta nie później niż do dnia 6 sierpnia 2007 r., a dostawa trzeciego pojazdu do dnia 20 sierpnia 2007 r.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Zamawiającego żądania Odwołującego się dotyczącego wykluczenia Przystępującego z postępowania, Odwołujący się wskazuje na konieczność zastosowania przez Zamawiającego trybu wyjaśniania i uzupełniania dokumentów (art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp). Sama treść Listu Referencyjnego przedłożonego przez Przystępującego budzi bowiem liczne wątpliwości.

Po pierwsze, składane przez wykonawców referencje muszą pochodzić od podmiotu, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane. Z wykazu wykonanych dostaw załączonych przez Przystępującego do oferty wynika, że wszystkie dostawy ezt, które Przystępujący uwzględnił w swoim wykazie, zostały dostarczone na rzecz PKP "Przewozów Regionalnych" Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie. Natomiast List Referencyjny, załączony przez Przystępującego do oferty, został wystawiony przez PKP "Przewozy Regionalne" Spółka z o.o. Biuro Utrzymania Taboru Wydział Konstrukcji i Rozwoju Taboru z siedzibą w Poznaniu.

Po drugie, dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie, muszą dawać Zamawiającemu możliwość zweryfikowania, iż zamówienie, o którym mowa w wykazie dostaw jest zamówieniem tożsamym, o którym mowa w tych dokumentach. Tymczasem w Liście Referencyjnym przedstawionym przez Przystępującego nie tylko nie jest wskazane żadne konkretne postępowanie, którego dostawa dotyczy, lecz zupełnie nie wiadomo, wykonanie jakiej dostawy potwierdza List Referencyjny, gdyż w wykazie wykonanych dostaw jest mowa o dostawach na jedenaście, dwa i jeden czterocłonowy ezt typu 16 WEk, oznaczenie kolejowe ED 74, a List Referencyjny potwierdza dostawę 14 ezt typu 16 WEk wyprodukowanych na zlecenie bliżej nieokreślonej spółki "Przewozy Regionalne" spółka z o.o. Wątpliwe jest także, czy osoba, która podpisała przedmiotowe referencje, tj. Naczelnik Konstrukcji i Rozwoju Taboru, była osobą umocowaną do dokonania tej czynności oraz, czy była to osoba posiadającą rzeczywistą wiedzę, co do faktu wykonania dostaw stanowiących przedmiot Listu Referencyjnego oraz, czy zamówienia te zostały należycie wykonane.

Ponadto podkreślenia wymaga, że Przystępujący w wykazie wykonanych dostaw, w poz. 1, w odniesieniu do dostawy 11 szt. ezt dostarczonych na rzecz PKP "Przewozy Regionalne" Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, wskazała jako daty wykonania zamówienia (dostawy) termin od dnia 24 lipca 2007 r. do dnia 31 grudnia 2007 r., gdy tymczasem zgodnie z aneksami do umowy i protokołami odbioru końcowego, termin realizacji zamówienia trwał od dnia 19 lipca 2007 r. do dnia 31 grudnia 2007 r.

W dniu 15 września 2009 r. Zamawiający oddalił protest. Zamawiający podnosi, iż wymagał wskazania ceny ryczałtowej za realizację całego przedmiotu zamówienia w formularzu oferty. Ponadto, w formularzu oferty, ani w żadnym z innych dokumentów, Zamawiający nie wymagał przedstawienia sposobu dokonania obliczenia tej ceny.

Zgodnie z linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek prowadzenia działania matematycznego. Musi ona być także oczywista, tj. widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości. Oczywistość omyłki rachunkowej winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty (sygn. akt KIO/UZP 11/09), tak aby Zamawiający sam mógł dokonać jej poprawienia, bez konieczności zwracania się do innych podmiotów np. Wykonawcy, specjalistów w zakresie

kosztorysowania (KIO/UZP 62/09) o wyjaśnienie zasad dokonania takiej poprawki. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że wpisanie przez Odwołującego się kwoty w wysokości 14.980.000,00 zł za realizację całego przedmiotu zamówienia stanowi oczywistą omyłkę rachunkową. Biorąc pod uwagę, że kwota proponowana przez Odwołującego się znacząco odbiega od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że po uzyskaniu wyjaśnień Odwołującego się widoczne jest, że dla uzyskania prawidłowego obliczenia ceny nie jest wystarczającym pomnożenie podanej w ofercie ceny przez 5, gdyż Odwołujący się nie uwzględnił w swojej kalkulacji wszystkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia (w szczególności: kosztów usług serwisowych, przeszkolenia personelu użytkownika, ale również ceny zespołów, podzespołów i części dostarczanych w cenie zamówienia, cła, podatków i innych). Podanie pełnego zakresu kosztów, jakie zostały ujęte w kalkulacji ceny zawiera dopiero treść protestu. Występuje tu jednak sprzeczność w oświadczeniach Odwołującego się, który w przytoczonym wcześniej piśmie wyjaśniał, że 14.980.000,00 zł to cena dostawy jednego ez. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż występujące niejasności i sprzeczności w odniesieniu do wartości, jaka powinna być podana przez Odwołującego się, stanowią zaprzeczenie oczywistości omyłki, o której jest mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Powoływanie się przez Odwołującego się na zapisy wzoru umowy jest bezzasadne, ponieważ te zapisy dotyczą sposobu płatności za realizację przedmiotu umowy, a nie sposobu obliczenia ceny oferty.

Także wbrew twierdzeniom Odwołującego się, treść warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1 lit. a siwz nie odnosiła się do sposobu obliczenia ceny, lecz miała na celu weryfikację doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto, Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z treścią tego warunku wykonawcy mieli się wykazać doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch dostaw elektrycznych zespołów trakcyjnych, a nie dwóch pojazdów o wartości każdego z nich ok. 15.000.000,00 zł. Zamawiający zwraca uwagę, że przedstawione w proteście cytaty z orzecznictwa zostały wskazane bardzo wybiórczo bez odniesienia się do tezy całego orzeczenia.

Przyjęcie stanowiska Odwołującego się stanowiłoby negocjacje dotyczące złożonej oferty, czyli czynność niedopuszczalną na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do zarzutu sformułowanego wobec Przystępującego, Zamawiający stwierdza, że jest on ogólnikowy i nie pozwala na stwierdzenie, która konkretnie informacja zawarta w Liście Referencyjnym, złożonym przez Przystępującego, jest nieprawdziwa.

Ponadto, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (art. 6 kc). W ocenie Zamawiającego, Odwołujący się nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojego zarzutu. Terminy dostaw pierwszych trzech pojazdów były korygowane w drodze aneksów, co oznacza, że przyjęty sposób realizacji zamówienia był zgodny z intencją obu stron. Ostateczny termin realizacji przedmiotu umowy pozostał bez zmian. Termin ten jest istotny z punktu widzenia badania spełnienia przez Wykonawcę warunku wymaganego doświadczenia w okresie trzyletnim przed wszczęciem niniejszego zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, że nie jest podmiotem, w którego kompetencjach byłoby ocenianie, czy zawieranie aneksów było dopuszczalne. W tej konkretnej sytuacji, do jego obowiązków należy ocena, czy dany dokument zawiera informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zwraca również uwagę, że Odwołujący się kwestionując dokument przedstawiony przez Przystępującego z uwagi na to, że został on wystawiony przez podmiot, na rzecz którego nie zostały wykonane dostawy pojazdów, sam przedstawił w Wykazie dostawę zrealizowaną na rzecz PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. i złożył wraz z ofertą dokument potwierdzający należyte wykonanie tej dostawy przez Biuro Utrzymania Taboru z siedzibą w Poznaniu, tj. tę samą jednostkę organizacyjną co podmiot, który wystawił List Referencyjny dla Przystępującego. Dodatkowo, Zamawiający informuje, że w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego, Zamawiający wystąpił do PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z wnioskiem o wyjaśnienie przedmiotowej kwestii. W odpowiedzi Zarząd Spółki poinformował, że zgodnie z Regulaminem Organizacyjnym Spółki, Biuro Utrzymania Taboru w zakresie swoich kompetencji uprawnione jest do sprawdzania zgodności wyrobów i usług zamówionych przez Spółkę z warunkami technicznymi wykonania i odbioru oraz złożonym zamówieniem, jak również do kontroli jakości wykonanych prac w celu technicznej oceny wiarygodności zleceniobiorców dokonujących naprawy lub budowy taboru i podzespołów taborowych. Spółka potwierdziła również wykonanie umów na dostawę przez Przystępującego czternastu ezt, zgodnie z warunkami tych umów. W świetle powyższych informacji, Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania treści i formy Listu Referencyjnego potwierdzającego należyte wykonanie dostaw.

Ponadto, w trakcie oceny spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w zakresie wskazanych w wykazie dostaw (ilości zamówień), w kontekście treści Listu Referencyjnego, na podstawie których Przystępujący wykonał, wyszczególnione w treści oferty, dostawy. Zgodnie z uzyskanymi wyjaśnieniami, przedmiotowe dostawy zostały zrealizowane na podstawie trzech umów, natomiast dołączone referencje dotyczą 14 ezt łącznie, z uwagi na ich przeznaczenie dla jednego klienta.

Zarzut, że referencja powinna wykazywać wykonanie elementów stanowiących warunek udziału w postępowaniu, nie jest zasadny. Przepisy prawa nie precyzują dokładnie treści dokumentu obejmującego referencje. Nie można zatem wyciągać negatywnej konsekwencji dla wykonawcy, który zapewniając spełnianie wymogu w zakresie realizacji danej pracy posługuje się referencją, która w swej treści nie w pełni odpowiada oczekiwaniom.

Co do zarzutu, iż List Referencyjny został podpisany przez osobę nieuprawnioną do składania tego rodzaju oświadczeń, Zamawiający zwraca uwagę, iż dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień stanowią oświadczenia wiedzy, a nie oświadczenia woli. Zgodnie z linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej upoważnienie do podpisywania takich dokumentów może wynikać bądź z dokumentów rejestrowych firmy, wskazujących osoby do reprezentowania firmy, składania oświadczeń woli w imieniu firmy, czy do dokonywania innych czynności w ramach kompetencji, lub uprawnień określonych np. w zakresie obowiązków. Uprawnienie osoby do określonego działania ma odzwierciedlenie z reguły w pieczęcie imiennej potwierdzającej imię, nazwisko i stanowisko, bądź pełnią funkcję (sygn. akt KIO/UZP 184/08). Przedmiotowy dokument został sporządzony na papierze firmowym PKP Przewozy Regionalne Sp z o. o., a osoba go podpisująca pełni funkcję Naczelnika Wydziału Konstrukcji i Rozwoju Taboru.

W zakresie zarzutu rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w Wykazie dostaw, a treścią umów w zakresie dostawy jedenastu czteroczęściowych ezr typu 16 WEk, oznaczenia kolejowe ED 74, Zamawiający zwraca uwagę, że termin wykonania zamówienia (dostawa wszystkich ośmiu pojazdów) nie uległ zmianie w stosunku do określonej w umowie daty 31 grudnia 2007 r. Termin ten jest istotny z punktu widzenia badania spełniania przez Wykonawcę warunku wymaganego doświadczenia w okresie trzyletnim przed wszczęciem niniejszego zamówienia. Wskazane w proteście kilkudniowe różnice w terminach podanych przez Przystępującego (data 24 lipca 2007r. w wykazie dostaw i data 19 lipca 2007r. w treści aneksu) są nieistotne z punktu widzenia oceny, czy dostawy zostały wykonane należycie, w kontekście Listu Referencyjnego wystawionego przez odbiorcę dostaw.

W dniu 25 września 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ cena wykonania zamówienia podana w ofercie musi być ceną brutto. Cena winna uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, w tym ceny zespołów, podzespołów i części wymienionych w załączniku nr 6 do siwz, cła, podatki i inne. Cena winna uwzględniać również wszystkie koszty związane z świadczeniem usług serwisowych w okresie gwarancyjnym oraz przeszkolenie personelu

użytkownika. Wykonawcy zobowiązani są do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia.

Odwołujący się w ofercie określił cenę wykonania zamówienia na poziomie 14.980.000,00 zł wyraźnie wskazując, że oferta dotyczy dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych do wykonywania regionalnych przewozów pasażerskich. Co więcej, na każdej stronie oferty (u góry) widnieje opis: „oferta na wykonanie i dostawę 5 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych.”

W tych okolicznościach powstaje pytanie, czy skoro w świetle wyjaśnień złożonych przez Odwołującego się, iż cena wskazana w ofercie stanowi cenę za dostawę jednego ezt, istnieją podstawy do poprawienia ceny oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w ten sposób, że wartość wskazaną w ofercie należy pomnożyć przez cyfrę 5 (ilość dostarczanych pojazdów). Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że sytuacja, z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu nie mieści się w kategorii oczywistych omyłek rachunkowych. Przede wszystkim należy stwierdzić, iż zgodnie z poglądem ukształtowanym w orzecznictwie, omyłka musi być widoczna na pierwszy rzut oka, a więc możliwości jej zweryfikowania ma każdy. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż oczywistość wystąpienia jakiegoś zjawiska czy zdarzenia jest możliwa obiektywnie do stwierdzenia, a nie wynika z uwzględnienia subiektywnej oceny. W niniejszym stanie faktycznym jakkolwiek wskazana cena budzi wątpliwości, bowiem w rażąco sposób odbiega od ceny oferty konkurencyjnej, to brak podstaw do stwierdzenia, iż sytuacja powyższa spowodowana jest popełnieniem omyłki rachunkowej. Nie jest zatem obciążona oczywistą omyłką rachunkową oferta, której cena nie wynika z żadnego działania matematycznego. Brak cechy oczywistości w sytuacji, w której w sposób nie budzący wątpliwości, cena nie wynika z rachunku matematycznego. Nie ma bowiem podstaw do stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez Odwołującego się w istocie odpowiada cenie za dostawę jednego ezt z uwzględnieniem świadczeń dodatkowych. W niniejszym stanie faktycznym nie sposób również mówić o omyłce rachunkowej. Treść oferty nie pozwala na stwierdzenie, że jakiegokolwiek działanie matematyczne było wadliwe. Zdaniem Izby, stwierdzenie omyłki rachunkowej może mieć miejsce w sytuacji, kiedy przebieg operacji matematycznej może być prześledzony (jest uwidoczniiony w ofercie) i na podstawie reguł rządzących konkretnym działaniem, możliwe jest stwierdzenie błędu w wykonaniu działania. Tymczasem kwota 14.980.000,00 zł podana przez Odwołującego się jest wynikiem bliżej niesprecyzowanych działań, zatem nie sposób ustalić, że stanowi wycenę jednego ezt wraz ze świadczeniami dodatkowymi, a zatem brak podstaw do zastosowania mnożnika 5. Za stanowiskiem, iż omyłka rachunkowa może być stwierdzona na podstawie przedstawionego działania matematycznego przemawia również fakt, że zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający poprawia omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji

rachunkowych dokonanych pomyłek. Chodzi więc o skorygowanie konkretnego działania matematycznego a nie jedynie jego wyniku, który może być rezultatem różnych zabiegów, co do których wiedzę posiada jedynie wykonawca. W niniejszym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę wartość szacunkową zamówienia, jak i cenę oferty konkurencyjnej można sobie wyobrazić, że cena zaproponowana przez Odwołującego się nie jest wynikiem błędnego działania matematycznego, ale stanowi rezultat pominięcia jakiejś cyfry. Jak trafnie zauważa bowiem Zamawiający, dodanie cyfry jeden na początku liczby stanowiącej cenę, czy też zera na końcu, będzie się mieściło w granicach realnej ceny zamówienia. Co więcej, Odwołujący się nawet nie uprawdopodobnił, iż cena zamówienia odpowiada dostawie jednego szt, przy uwzględnieniu wymagań dodatkowych Zamawiającego. W żaden sposób potwierdzeniem powyższego nie jest przedstawienie wykazu cen zawartych w proteście innego wykonawcy w innym postępowaniu, tym bardziej, iż nie wiadomo, jaki jest zakres zamówienia. Bez wpływu na przedmiotową ocenę pozostają również postanowienia siwz, dotyczące sposobu wystawiania faktur VAT oraz warunku udziału w postępowaniu. Wskazane postanowienia nie pozostają w związku ze sposobem obliczenia ceny, a tym bardziej nie determinują ceny zamówienia.

Przyjęcie stanowiska Odwołującego się, w istocie doprowadziłoby do zmiany ceny oferty, na podstawie oświadczenia wykonawcy, które nie może być poddane jakiegokolwiek weryfikacji przez Zamawiającego. Tymczasem ustawodawca, używając pojęcia „oczywistości” w odniesieniu do „omyłki rachunkowej” nie przewiduje ingerencji ze strony wykonawcy. Ustawodawca nie przewidział również wyrażenia zgody na jej poprawienie, co stanowi kolejny argument przemawiający za tym, iż oczywistość nie jest cechą zależną od przypisania takiego przymiotu przez wykonawcę. Zdaniem Izby, dopuszczenie postulowanych zmian skutkowałoby możliwością dokonywania zmian po otwarciu ofert, a w konsekwencji cena oferty wykazywałaby cechy ceny negocjowanej, wbrew normie zawartej w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, skoro jak wynika z wyjaśnień Odwołującego się, cena oferty nie odpowiada cenie, której sposób obliczenia wynikał z rozdziału XIII SIWZ, stwierdzić należy, że oferta w tym zakresie nie odpowiada treści siwz, co skutkuje jej odrzuceniem na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W rozdziale VI pkt 1 lit. a siwz Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia wykonawcy. W celu potwierdzenia spełnienia wskazanego warunku, wykonawca zobowiązany był przedstawić wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw, w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości,

przedmiotu dat wykonania i odbiorców – załącznik nr 7 oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie (np. . referencje, protokoły odbioru itd.) – rozdział VII pkt 1 ppkt 5 siwz.

Przystępujący dołączył do oferty przedmiotowy wykaz (str. 32), z którego wynika, iż w okresie od 24 lipca 2007 r. do 17 lipca 2008 r. zrealizował dostawę 14 czteroczęłonowych ezt typu 16 WEk, oznaczenie kolejowe ED74 na rzecz PKP „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o., przy czym pierwsza dostawa miała miejsce w okresie od 24 lipca 2007 r. do 31 grudnia 2007 r. (11 szt. ezt), drugą wykonano w dniu 17 lipca 2008 r. (1 szt. ezt), zaś kolejną w dniu 29 sierpnia 2008 r. (2 szt. ezt). Potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia jest List Referencyjny (str. 33 oferty), w którym potwierdzono m.in., że Przystępujący „jest dostawcą 14 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu WEk wyprodukowanych na zlecenie „Przewozy Regionalne” spółka z o.o. Zamówienia na elektryczne zespoły trakcyjne zostały wykonane należycie. Pojazdy były dostarczone i włączone do eksploatacji terminowo, zgodnie z przyjętymi harmonogramami, będącymi załącznikami do podpisanych umów.” Jednocześnie w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, Przystępujący podał, iż dostawy ezt zostały zrealizowane na podstawie trzech umów: RU II SPOT/9/2005 z dnia 16 grudnia 2005 r. (obejmującej dostawę 11 szt. ezt), RU II SPOT/16/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. (obejmującej dostawę 2 szt. ezt), RU II SPOT/17/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. (obejmującej dostawę 1 szt. ezt). Dołączone do oferty referencje dotyczą 14 szt. ezt, ponieważ były przeznaczone dla jednego klienta (pismo z dnia 13 sierpnia 2009 r.).

Wobec treści Listu Referencyjnego Odwołujący się podniósł w proteście zarzuty, wskazując na okoliczności faktyczne, które jego zdaniem przesądzają o nieprawdziwości twierdzeń tam zawartych, ewentualnie rodzących tego rodzaju wątpliwości, które powinny być wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji skutkujące obowiązkiem uzupełnienia, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wymaganego dokumentu. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający zwrócił się do PKP „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. z prośbą o wyjaśnienie, „czy Biuro Utrzymania Taboru, Wydział Konstrukcji i Rozwoju Taboru jest jednostką właściwą dla wystawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy 14 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 16 WEk wyprodukowanych na zlecenie PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o.” oraz czy informacje przedstawione w Liście Referencyjnym „odpowiadają stanowi faktycznemu.” Pismem z dnia 15 września 2009 r. Zamawiający uzyskał stanowisko w tej sprawie, z którego wynika, iż „zgodnie z Regulaminem Organizacyjnym Spółki (...), Biuro Utrzymania Taboru w zakresie swoich kompetencji uprawnione jest do sprawdzania zgodności wyrobów i usług zamówionych przez Spółkę z warunkami technicznymi wykonania i odbioru oraz złożonym zamówieniem (...) oraz do kontroli jakości wykonanych prac w celu technicznej oceny wiarygodności zleceniobiorców dokonujących naprawy lub budowy taboru i podzespołów taborowych (...).

Ponadto potwierdzono, iż „umowy nr: RU II SPOT/16/2008, RU II SPOT/16/2008, RU II SPOT/17/2008, na dostawę przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. czternastu elektrycznych zespołów trakcyjnych zostały wykonane zgodnie z warunkami umów.”

W tych okolicznościach Odwołujący się stawia zarzut, iż Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem Dokumentacja technologicznego Systemu Utrzymania, o której mowa w umowie RU II SPOT/16/2008 nie została zatwierdzona przez Prezesa UTK, mimo, że przedmiotowa umowa nakładała na wykonawcę taki obowiązek.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca ten złożył nieprawdnie informacje oraz wykazania, że ich złożenie ma wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie, argumentacja Odwołującego się w tym przedmiocie, sprowadza się do wykazania, że na wykonawcy spoczywał wyżej wskazany obowiązek oraz, że przedmiotowa dokumentacja wymaga zatwierdzenia przez Prezesa UTK. Jednakże, rozstrzygający dla niniejszego postępowania jest fakt, czy zobowiązania wynikające z powoływanej przez Odwołującego się umowy, zostały wykonane należycie. Ustalenie bowiem przedmiotu zobowiązania nie pozwala na stwierdzenie, jaki zakres zobowiązania został wykonany. Izba podziela stanowisko Odwołującego się, przyjęte za T. Pajorem: „Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania”, iż nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce, gdy świadczenie zostaje spełnione, lecz jednocześnie zachodzi rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela, przewidzianym w treści zobowiązania, a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. W niniejszej sprawie Odwołujący się ustalił treść zobowiązania, choć nie był on przedmiotem sporu, natomiast nie wykazał w jakim zakresie zobowiązanie to zostało wykonane. Ustalenie powyższe jest niezbędne dla stwierdzenia, przy uwzględnieniu cech konstytutywnych i uzupełniających świadczenia, czy mamy do czynienia z niewykonaniem, czy też z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Odwołujący się w tym zakresie nie przeprowadził dowodu, powołując się na fakty powszechnie znane (art. 228 kpc). Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się co do powszechności wiedzy na temat wskazanych okoliczności. Nie są one znane Izbie, nie są znane również Zamawiającemu, co więcej Zamawiający powziąwszy pewne wątpliwości co do prawdziwości treści spornego Listu Referencyjnego, zwrócił się do odbiorcy kwestionowanej dostawy, z prośbą o potwierdzenie okoliczności należytego wykonania zamówienia i uzyskał odpowiedź twierdzącą. Zatem, w tych okolicznościach o powszechności wskazanych faktów nie może być mowy, a fakt prawidłowego wykonania zamówienia został, w trybie wyjaśnień, po raz kolejny potwierdzony. Uznać więc należy, iż Odwołujący się nie wykazał, że Przystępujący nie wykonał zamówienia w zakresie wynikającym z umowy RU II SPOT/16/2008, mimo, iż

zgodnie z art. 6 kc. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje pismo Prezesa UTK z dnia 15 października 2005 r., które w istocie dotyczy wykładni prawa. Z pisma tego w żaden sposób nie wynika, jaki faktycznie był zakres realizacji zamówienia. Podobnie należy ocenić pismo z dnia 31 sierpnia 2009 r., bowiem nie wiadomo jakiego zamówienia dotyczy udzielona odpowiedź. Domniemane okoliczności nie mogą być bowiem podstawą do stwierdzenia faktu złożenia nieprawdziwych informacji. Podsumowując, Izba stoi na stanowisku, iż jeżeli przedmiotem analizowanej umowy, jak wynika z jej preambuły, była dostawa elektrycznych zespołów trakcyjnych, a ówczesny Zamawiający w Liście Referencyjnym stwierdza, że „zamówienia na elektryczne zespoły trakcyjne zostały wykonane należycie” (co należy odnosić do całokształtu obowiązku wynikających z umowy), a Odwołujący się nie wykazał okoliczności przeciwnej, brak podstaw do twierdzenia, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

Co do zarzutu, iż Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje dotyczące należytego wykonania zamówień wymienionych w Wykazie dostaw dołączonym do oferty, bowiem nie uzyskał świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu, które uprawniałby do wykonywania przewozów tymi pojazdami z prędkością 160 km/h, Izba uznaje twierdzenia Odwołującego się za chybione. Otóż, prawdą jest, jak podnosi Odwołujący się, iż przez „opis przedmiotu zamówienia lub wymagania techniczne”, zgodnie z definicją zawartą § 1 ust. 1 lit. b analizowanej umowy należy rozumieć rozdział IV SIWZ wraz z załącznikami oraz, że wskazany rozdział stanowi załącznik do przedmiotowej umowy (§ 1 ust. 6 umowy). Nie budzi również wątpliwości, że elektryczny zespół lub pojazd trakcyjny ma być wykonany zgodnie z przedmiotową umową (§ 1 ust. 1 lit. d umowy). Jak wynika z pkt 2.1 rozdziału IV SIWZ maksymalna prędkość eksploatacyjna została określona na poziomie 160 km/h. Z żadnego dokumentu przedstawionego przez Odwołującego się nie wynika, iż wskazany pojazd nie ma możliwości osiągnięcia wymaganej prędkości. Z korespondencji Prezesa UTK można wywieść jedynie tyle, że nie przedstawiono wyników prób eksploatacyjnych oraz opinii upoważnionej jednostki, które dałyby podstawę do określenia dopuszczalnej prędkości eksploatacyjnej w świadectwie bezterminowym. Natomiast świadectwo terminowe, którym dysponuje Przystępujący upoważnia do przeprowadzania jazd próbnych, z udziałem upoważnionej jednostki badawczej, z prędkością maksymalną 160 km/h. W ocenie Izby, powyższe oznacza, że konstrukcja pojazdu wskazanego typu umożliwi eksploatację go z wymaganą prędkością. Taki pojazd został bowiem poddany badaniom typu, co wynika ze świadectwa z dnia 27 czerwca 2007 r. Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż w warunkach analizowanej umowy należało przedstawić świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. Oznaczało to konieczność przedstawienia dokumentu uprawniającego do użytkowania danego typu pojazdu kolejowego w przewozach kolejowych

(art. 4 pkt 15 ustawy o transporcie kolejowym – Dz. U. z 2007 r., Nr 16, poz. 94). W celu uzyskania świadectwa należy złożyć wniosek załączając wyniki badań przeprowadzonych przez jednostkę upoważnioną do przeprowadzania badań koniecznych do uzyskania przedmiotowego świadectwa. Zakres tych badań dla pojazdu trakcyjnego oraz jego zespołu określa § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie zakresu badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1772 ze zm.). Przedmiotowe świadectwo potwierdza, że badania typu zostały wykonane w 2007 r. i dały wynik pozytywny. Jednakże w przypadku nowych typów lub konieczności przeprowadzania prób eksploatacyjnych świadectwo wydawane jest na czas określony, przewidziany na przeprowadzanie tych prób (§ 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103, poz. 1090 ze zm.). Przystępujący uzyskał właśnie takie świadectwo terminowe, ale zdaniem Izby analizowana umowa nie stawiała w tym względzie żadnych warunków, co więcej nie sposób twierdzić, że nie uzyskano świadectwa dopuszczenia typu pojazdu, skoro przedmiotowe świadectwo dotyczy eż o konstrukcji modułowej, czterocłonowy, typu 16WEk, charakteryzujący się prędkością eksploatacyjną 160 km/h. Istotne jest bowiem, że umowa nakładała obowiązek dostarczenia wraz z dostawą pierwszego pojazdu świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu, nie wyłączając możliwości przedłożenia świadectwa terminowego, którego termin wynika z zakreszenia terminu przeprowadzenia prób eksploatacyjnych i wskazanemu obowiązkowi Przystępujący zadośćuczynił. W opinii Izby, przedstawienie jednego bądź drugiego rodzaju świadectwa należy uznać za wykonanie zobowiązania, co w konsekwencji oznacza, iż próby eksploatacyjne mogły odnosić się również do aspektu prędkości.

W zakresie nieprawdziwości złożonych oświadczeń w odniesieniu do terminu wykonania umowy, określonego w § 3 ust. 2 i 3, Krajowa Izba Odwoławcza uznaje przedmiotowy zarzut za chybiony. Prawdą jest, iż pierwotnie pierwszy pojazd miał zostać dostarczony do dnia 30 kwietnia 2007 r., zaś kolejne dwa do dnia 31 lipca 2007 r. Jednakże jak sam zauważa Odwołujący się, strony dokonały zmiany w tym zakresie, ustalając ostatecznie, iż pierwszy pojazd zostanie dostarczony do dnia 19 lipca 2007 r. (aneks nr 3), natomiast drugi pojazd nie później niż do dnia 6 sierpnia 2007 r., a trzeci nie później niż do dnia 20 sierpnia 2007 r. (aneks nr 4). W tych okolicznościach rację należy przyznać Odwołującemu się, iż Przystępujący nie zrealizował terminu dostaw zgodnie z harmonogramem zamówienia dołączonym do oferty. Jednakże podstawą oceny należytego wykonania zamówienia są postanowienia umowy, tym bardziej, że jak wynika z § 1 ust. 6

analizowanej umowy, wśród jej załączników nie wymieniono przedmiotowego harmonogramu. Oznacza to, że rozstrzygające w tej sprawie są postanowienia umowy oraz jej aneksów. Skoro, Odwołujący się nie wykazał, że realizacja zamówienia nastąpiła z przekroczeniem terminów tam określonych, to nie sposób stwierdzić nieprawdziwości informacji w tym zakresie. Zaś, ocena dopuszczalności dokonywania zamian umowy o zamówienie publiczne pozostaje bez wpływu na ocenę terminowości realizacji zamówienia. W tych okolicznościach, brak podstaw do stwierdzenia złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, czyni zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp chybiony. W konsekwencji, nie aktualizuje się obowiązek uznania oferty za odrzuconą, w trybie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, za nieuzasadniony należy również uznać zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż referencje muszą pochodzić od Zamawiającego. Referencje stanowią bowiem oświadczenie wiedzy i jako takie mogą być wystawione przez podmiot, który posiada wiadomości co do faktów podlegających potwierdzeniu. W okolicznościach niniejszej sprawy zamówienie było realizowane na rzecz PKP „Przewozy Regionalne” z siedzibą w Warszawie, jednakże udział Biura Utrzymania Taboru w toku realizacji zamówienia jest niepodważalny. Już w § 1 lit. g analizowanej umowy postanowiono, że Biuro Utrzymania Taboru jest to jednostka organizacyjna Zamawiającego, upoważniona do zatwierdzania i odbioru dokumentacji oraz odbiorów końcowych ezt. W sytuacji, w której przepisy prawa nie określają wymogów w przedmiocie wystawcy referencji należy stwierdzić, iż w okolicznościach niniejszej sprawy uprawnienie do ich sporządzenia przez Biuro Utrzymania Taboru nie może budzić wątpliwości, zważywszy na obowiązki wynikające z analizowanej umowy oraz treść Regulaminu Organizacyjnego Zamawiającego i pismo z dnia 15 września 2009 r. Tym samym uznać należy, iż Naczelnik Wydziału Konstrukcji i Rozwoju Taboru w Biurze Utrzymania Taboru posiada wiedzę wystarczającą do sporządzenia referencji. Co do umocowania wskazanej osoby w zakresie składania przedmiotowych oświadczeń należy przyjąć, iż tego rodzaju oświadczenia należące do kategorii oświadczeń wiedzy, dla swej ważności nie muszą pochodzić od osób uprawnionych do reprezentacji podmiotu, w przeciwieństwie do oświadczeń woli, których wiążący charakter uzależniony jest od złożenia ich m.in. przez przedstawiciela.

Jakkolwiek rację należy przyznać Odwołującemu się, iż Zamawiający musi mieć możliwość stwierdzenia w sposób nie budzący wątpliwości, że zamówienia wskazane w celu potwierdzenia warunku doświadczenia zostały wykonane należycie, to jednakże brak uprawnienia do żądania określonej treści referencji. Przepisy prawa nie zawierają w tym względzie żadnej regulacji, nie można również zapominać, że nie są one konstruowane na potrzeby konkretnego zamówienia. W związku z powyższym treść referencji, która nie

pozwała na zweryfikowanie konkretnych informacji, innych niż należyte wykonanie zamówienia, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Tym bardziej, że w niniejszym postępowaniu Przystępujący wyjaśnił, iż referencje dotyczą trzech dostaw realizowanych w ramach różnych umów, jednakże na rzecz jednego podmiotu. Okolicznościom tym Odwołujący się nie zaprzeczył. W związku z powyższym brak podstaw do wzywania do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie, który został dostatecznie wyjaśniony.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że wyjaśnieniom podlegają dokumenty wymienione w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale jedynie w sytuacji, gdy okoliczności z nich wynikające budzą wątpliwości, a są istotne z punktu widzenia oceny warunków udziału w postępowaniu, czy też mają wpływ na ocenę ofert. W związku z powyższym, choć rację należy przyznać Odwołującemu się, iż popełnił błąd w określeniu rozpoczęcia terminu realizacji zamówienia pierwszej dostawy, to jest to jednakże okoliczność ambiwalentna dla postępowania. Wskazanie terminu przystąpienia do wykonania zamówienia na dzień 24 lipca 2007 r., zamiast 19 lipca 2007 r. pozostaje bez wpływu na ocenę spełniania warunku doświadczenia. Żaden z tych terminów nie jest bowiem graniczny dla stwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku, z punktu widzenia okresu trzech lat przed wszczęciem postępowania. W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp należy uznać za nieuzasadniony.

Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż wskazany przepis nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego. Należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca rozróżnia instytucję uznania oferty za odrzuconą *ex lege* od sytuacji, w której aktualizuje się po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w okolicznościach wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Brak stwierdzenia naruszeń przepisów prawa ze strony Zamawiającego przesądza o nietrafności zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....