

Sygn. akt: KIO 2407/15

WYROK

z dnia 20 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Emil Kawa

Magdalena Ramas

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków**

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz z tego powodu, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz z tego powodu, że w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe uznano za niezasadny,

2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 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 **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** tytułem wpisu od odwołania,

 - 2.2. zasądza od **Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** na rzecz wykonawcy **Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 z późn. zm.) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Województwo Małopolskie (dalej „zamawiający”) na *Zakup Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla rozwoju kolei małopolskich* wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na wyborze oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „wykonawca Pesa”) jako oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Pesa, zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Pesa oraz zaniechaniu wyboru oferty NEWAG S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2a i ust. 4, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pesa pomimo, że dopuścił się poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, co zamawiający był w stanie wykazać za pomocą znajdujących się w jego posiadaniu dowodów, przy jednoczesnym braku podjęcia przez wykonawcę środków, które miałyby zapobiec poważnemu i zawinionemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz braku naprawienia wyrządzonej szkody, co winno skutkować uznaniem oferty wskazanego wykonawcy za odrzuconą,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pesa pomimo, że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenia z postępowania wykonawcy Pesa i uznanie jego oferty za odrzuconą (ewentualnie odrzucenie oferty wskazanego wykonawcy),
3. ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wniósł nadto o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przepisanych.

Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Pesa pomimo, że dopuścił się poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, co zamawiający był w stanie wykazać za

pomocą znajdujących się w jego posiadaniu dowodów, przy jednoczesnym braku podjęcia przez wykonawcę środków, które miałyby zapobiec poważnemu i zwinionemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz braku naprawienia wyrządzonej szkody.

Odwołujący wskazał, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę na podstawie art 24 ust. 2a ustawy Pzp tylko wówczas, gdy przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (w zależności od trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie) oraz, że w przypadku przetargu nieograniczonego przyjmuje się, że wystarczające jest, by zamawiający przewidział możliwość wykluczania wykonawców na podstawie art. 24 ust 2a ustawy Pzp co najmniej w jednym z przywołanych dokumentów, tj. w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże, jeśli zamawiający przewidzi w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego przepisu, to wykluczenie wykonawcy spełniającego ustawowe przesłanki jest obligatoryjne, a zaniechanie wykluczenia stanowi naruszenie art 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Oświadczył, że w niniejszym postępowaniu, zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i w treści ogłoszenia o zamówieniu, przewidziano możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania w razie wystąpienia okoliczności określonych w art 24 ust 2a ustawy, co nałożyło na zamawiającego obowiązek skorzystania z tej instytucji prawnej w razie wystąpienia wskazanych tam okoliczności.

Podał, że art 24 ust. 2a ustawy Pzp przewiduje cztery przesłanki, które muszą zaistnieć kumulatywnie, aby zamawiający mógł wykluczyć z postępowania wykonawcę:

1. poważne naruszenie obowiązków zawodowych,
2. naruszenie to ma mieć charakter zwiniony przez wykonawcę,
3. 3-letni okres przed wszczęciem danego postępowania, w którym to okresie doszło do naruszenia obowiązków zawodowych,
4. możliwość wykazania przez zamawiającego, za pomocą dowolnych środków dowodowych, zwinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę we wskazanym trzyletnim okresie.

Stwierdził, że centralnym pojęciem wskazanego przepisu jest „poważne naruszenie obowiązków zawodowych”, które jednak nie jest zdefiniowane na gruncie przepisów ustawy Pzp ani innych aktów prawa polskiego; definicji takiej nie zawiera również dyrektywa 2004/18, której art. 45 ust. 2 lit. d był podstawą implementacji treści normy art. 24 ust 2a ustawy Pzp do porządku krajowego. Wskazał, że Dyrektywa posługuje się pojęciem „winny poważnego wykroczenia zawodowego”.

Stanął na stanowisku, że w sytuacji, w której nie istnieje definicja legalna danego pojęcia, należy przyjmować jego znaczenie prawne, które ma wówczas pierwszeństwo przed regułami języka potocznego, pod warunkiem, że pojęcie to ma ustalone, powszechnie akceptowane znaczenie.

Podkreślił, że w tej sprawie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w wyroku w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A. oraz, że stanowisko to należy uznać za doniosłe z co najmniej kilku względów:

- znaczenie normy zawartej w art. 24 ust 2a ustawy Pzp należy wyklądać w zgodzie ze znaczeniem, jakie wynika z jego wspólnotowego źródła tj. art. 45 ust. 2 lit d Dyrektywy 2004/18 (tzw. wykładnia „prounijna”),
- Trybunał został powołany dla zapewnienia jednolitego stosowania autonomicznego prawa wspólnotowego, więc interpretacja prawa unijnego należy do jego kompetencji,
- swoje rozważania Trybunał prowadził w związku z brzmieniem uchylonych już art. 24 ust. 1 oraz 1a ustawy Pzp; w orzeczeniu tym TSUE sformułował wobec przywołanych przepisów zarzut niewłaściwego przeniesienia na grunt prawa polskiego art. 45 ust. 2 lit. d] Dyrektywy 2004/18, a sednem zarzutu był automatyzm stosowania art. 24 ust 1 i 1a ustawy Pzp, który eliminował zindywidualizowaną ocenę tego, czy dane „wykroczenie zawodowe” zasługuje na miano „poważnego” i „zawinionego”.

Wskazał, że prawo wspólnotowe posiada cechę swoistą – jest formułowane w wielu językach, wobec czego z natury rzeczy spada znaczenie doniosłości wykładni językowej na rzecz wykładni systemowej i funkcjonalnej. Oceniał, że z tego względu wydaje się zasadnym, że prowadzenie zabiegów interpretacyjnych w oparciu o reguły potocznego języka polskiego byłoby obarczone zbyt wysokim stopniem niedokładności tym bardziej, że autorytet TSUE, jak i jego pozycja w systemie prawa wspólnotowego dają podstawę do powszechnej aprobaty przyjętej przezeń interpretacji pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego”.

Podał, że zdaniem Trybunału, cech „poważnego wykroczenia zawodowego” nie będą miały jakiegokolwiek zdarzenia polegające na niskiej jakości świadczenia, niedokładności, niedbałości w wykonywaniu obowiązków, czy też inne uchybienia powinnościom właściwym dla danego zawodu (jeżeli takie istnieją), choćby były stwierdzone przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym; na miano „poważnego naruszenia” będzie zasługiwać dopiero takie działanie wykonawcy, które wskazuje na *zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.*”(pkt 30 cytowanego Orzeczenia). Dodał, że stanowisko takie wspierają także argumenty natury systemowej i funkcjonalnej – dopuszczanie do wykonywania zamówień publicznych przez wykonawców dopuszczających się uchybień zawodowych poważnej miary jest nie do

pogodzenia z podstawowymi założeniami systemu oraz zasadami prawa zamówień publicznych takich jak uczciwa konkurencja i optymalne gospodarowanie środkami publicznymi.

Uznał, że nie każde jednak naruszenie obowiązków zawodowych, choćby poważnej rangi, skutkować może wykluczeniem wykonawcy, ponieważ kluczowe znaczenie ma waga naruszenia, która winna być istotna, znacząca oraz jego zawiniony charakter – chodzi o takie stany rzeczy, w których zachowaniu wykonawcy można przypisać negatywną ocenę, w relacji do istniejącej normy postępowania (zarzucalność).

Podniósł, że ustalenie normy wymaganego zachowania winno być dokonane miarą obiektywną, przy czym w stosunkach zobowiązaniowych punktem odniesienia winna być należyta staranność w stosunkach danego rodzaju; przy ocenie należytej staranności podmiotu profesjonalnego należy uwzględnić wiedzę fachową z danej dziedziny, w której profesjonalista prowadzi działalność gospodarczą, obejmującą nie tylko formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy wymagań.

Za wyrokiem Sądu Apelacyjnego Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. I ACa 1018/05, LEX nr 186161 wskazał: *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.”*

Stwierdził wobec powyższego, że w przypadku podmiotów prowadzących działalność gospodarczą miernik należytej staranności jest podwyższony – należy przyjmować, że naruszenie przez dłużnika obowiązku dołożenia należytej staranności, jeżeli mógł się zachować inaczej, stanowiąc zarazem zgodnie z art. 472 KC, przesłankę warunkującą powstanie roszczenia o naprawienie szkody, świadczy o jego winie, w tym przypadku nieumyślnej czyli niedbalstwie.

Podniósł, iż należy przyjąć, że użyte w przepisie pojęcie winy będzie obejmować zarówno jej postać umyślną jak i nieumyślną, co wynika z językowo wykładanej treści przepisu, który wskazuje na winę w sposób ogólny. Uzupełnił, że art. 24 ust. 2a ustawy Pzp „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” ujmuje w sposób szacunkowy, poprzez odwołanie się do przykładów: niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia które nastąpiło w wyniku (i) zamierzonego działania lub (ii) rażącego niedbalstwa ze strony wykonawcy, zaś użycie w przepisie sformułowania „w szczególności” oznacza, że nie jest to wskazanie wyczerpujące.

Zwrócił uwagę, iż ze względu na obowiązek prounijnej wykładni przepisów prawa polskiego, należy uwzględnić również postulaty wyrażane w orzecznictwie TSUE – w przywołanym wyroku w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact TSUE wskazał, że pojęcie „poważnego wykroczenia” należy zwykle odnosić do (...) zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Wysunął wniosek, że w realiach konkretnego przypadku możliwe będzie uznanie, że również zawinione naruszenie popełnione przez wykonawcę w wyniku stosunkowo poważnego niedbalstwa (nawet nie będącego jednocześnie niedbalstwem o charakterze rażącym) będzie mogło zostać uznane za okoliczność wypełniającą przesłankę z art. 24 ust 2a ustawy Pzp.

Przypomniał, że w razie spełnienia wymienionych powyżej przesłanek, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, o ile nie wykaże tzw. działań naprawczych i naprawienia szkody lub zobowiązania się do jej naprawienia, przy czym podniósł, że wdrożenie działań naprawczych musi wystąpić łącznie z naprawieniem przez wykonawcę szkód powstałych w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub z co najmniej zobowiązaniem się do ich naprawienia (samo wdrożenie adekwatnych środków naprawczych nie zapobiegnie wykluczeniu, o ile nie będzie mu towarzyszyć naprawienie szkód lub podjęcie zobowiązania ich naprawienia).

Odnosnie do „zobowiązania się do naprawienia szkody” przez wykonawcę odwołujący zwrócił uwagę, że ustawodawca posłużył się zwrotną formą czasownika: „zobowiązał się”, stroną czynną, czasem przeszłym, co wskazuje na konieczność zobowiązania się do naprawienia szkody w drodze dobrowolnego, świadomego aktu; nie chodzi o bierne znalezienie się wykonawcy w sytuacji zobowiązanego do naprawienia szkody wynikłej z reguł odpowiedzialności kontraktowej, ale o sytuację podjęcia zobowiązania w drodze czynności prawnej.

W ocenie odwołującego uwzględnianie jako okoliczności wyłączającej spod rygoru wykluczaniu również tych wykonawców, którzy tylko zobowiązali się do jej naprawienia, jest wyrazem woli ustawodawcy nieeliminowania podmiotów objawiających rzeczywistą wolę naprawienia spowodowanych szkód, które „uczą się na błędach”, co – wedle odwołującego – jest zrozumiałe, ponieważ w praktyce obrotu mogą zdarzyć się przypadki, w których między zaistnieniem szkody a postępowaniem o zamówienie o udzielenie którego zamierza się ubiegać dany wykonawca, upłynie zbyt niewiele czasu by można było szkodę naprawić.

Uznał, że na tym tle warto przeanalizować hipotetyczny scenariusz, w którym wykonawca zobowiązał się wobec zamawiającego do naprawienia szkody, ale rzeczonoego zobowiązania nie dotrzymał. – ów wykonawca znajdowałby się wówczas w położeniu objętym hipotezą omawianej normy. Jednak rozważenie tej kwestii z uwzględnieniem reguł systemowych i funkcjonalnych musi prowadzić do wniosku, kontynuował odwołujący, że

w zaprezentowanych okolicznościach dany wykonawca podlegałby rygorowi wykluczenia z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp; należałoby uznać, że wykonawca nie naprawił szkody, zaś jego zobowiązanie do naprawienia traktować jako niemające znaczenia; stanowisko przeciwne prowadziłoby do wniosku o możliwości podejmowania zobowiązania wyłącznie w celu „wyjścia” spod rygoru art. 24 ust. 2a ustawy Pzp in fine, unikając naprawiania wyrządzonych szkód.

Wskazał, że badając, czy dany wykonawca podlega reżimowi art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający winien brać pod uwagę okoliczności istniejące na dzień składania ofert, a co za tym idzie, np. naprawienie szkody po złożeniu oferty będzie irrelewantne dla obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania, w którym oferta została złożona. Dodał, że ciężar dowodu w zakresie wykazania przesłanek skutkujących brakiem wykluczenia spoczywa na wykonawcy, który się na nie powołuje.

Odwołujący podał, że z pisma zamawiającego z dnia 15 października 2015 r. wynika, że zamawiający stwierdził zaistnienie poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych w okresie ostatnich 2 lat przez wykonawcę Pesa, które polegało na dostarczeniu przez zamawiającemu 5 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych typu EN77 (Acatu-2) z wadą polegającą na nadmiernym zużywaniu się zestawów kołowych, nieusunięciu wady pomimo jej zgłoszenia, a następnie złożenia dobrowolnej deklaracji usunięcia wady, poprzez wykonania modernizacji układu jezdnego w formie ugody sądowej i niewykonanie tego zobowiązania poprzez zaniechanie wykonania ugody w zakresie m. in. modernizacji układu jezdnego, co zmusiło zamawiającego do wystawienia noty obciążeniowej na kwotę 3.639.293,00 zł.

Powyższe spowodowało – kontynuował odwołujący – że zamawiający wezwał wykonawcę Pesa do przedłożenia dowodów na podjęcie działań i środków zaradczych, które miałyby zapobiegać poważnemu i zawinionemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz sposobu naprawienia szkody.

Przypomniał, że wyłącznie wykazanie przez wykonawcę Pesa spełnienia tych dwóch przesłanek, tj. podjęcia środków naprawczych oraz naprawienia szkody lub zobowiązania się do jej naprawienia, mogłoby zwolnić go z wykluczenia z postępowania (wobec stwierdzonego przez zamawiającego zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych). Podniósł, że przesłanki wykluczenia bada się na dzień składania ofert wobec czego nawet podjęcie środków naprawczych lub naprawienie szkody po złożeniu oferty jest pozbawione jakiegokolwiek znaczenia i nie wpływa na obowiązek wykluczenia wykonawcy.

Wskazał (abstrahując – jak wskazał – od ewentualnych środków naprawczych, które podjąłby wykonawca Pesa przed składaniem ofert, a o których odwołujący nie ma wiedzy), że wykonawca Pesa nie naprawił szkody wynikającej z nienależytego wykonania ugody i nie

zobowiązał się do jej naprawienia – wynika to z pisma zamawiającego z dnia 14 października 2015 r., zgodnie z którym (podał odwołujący) na 14 października 2015 r., tj. po składaniu ofert (06.10.2015 r.), wykonawca Pesa nie naprawił szkody, ponieważ zamawiający dochodzi od tego wykonawcy świadczeń pieniężnych w wyżej wymienionej kwocie i wystąpił do Sądu o nadanie klauzuli wykonalności ugodzie sądowej w zakresie niezrealizowanych świadczeń. Dodatkowo podał, że z treści pisma wynika również, że wykonawca Pesa nie zobowiązał się do naprawienia szkody z tytułu nienależytego wykonania umowy, ponieważ w przeciwnym razie nie byłoby podstaw do występowania przez zamawiającego o nadanie klauzuli wykonalności.

Podsumował, że zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy Pesa z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp wobec:

1. wprowadzenia w SIWZ możliwości wykluczenia wykonawcy w razie wystąpienia okoliczności opisanych w przywołanym przepisie,
2. poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę Pesa w okresie ostatnich 3 lat stwierdzonego przez zamawiającego,
3. braku naprawienia szkody lub zobowiązania się do jej naprawienia przez wykonawcę Pesa na dzień składania ofert, które jest konieczne do zwolnienia się od rygoru wykluczenia z postępowania przez wykonawcę,
4. obiektywnie istniejącej po stronie zamawiającego możliwości wykazania wykonawcy Pesa popełnienia zawinionego i poważnego naruszenia zawodowego w rozumieniu art. 24 ust 2a ustawy Pzp.

Podniósł, że jeżeli zamawiający stwierdził poważne i zawinione naruszenie i zdawał sobie sprawę, że szkoda nie została naprawiona i wykonawca nie zobowiązał się do jej naprawienia, to niezrozumiałym staje się odstąpienie od wykluczenia wykonawcy.

Stwierdził, że być może wykonawca Pesa w odpowiedzi na wyjaśnienia (odwołujący nie ma do nich dostępu) przedstawiła jakieś działania naprawcze, jednak – wobec braku spełnienia drugiej przesłanki zwolnienia się z rygoru wykluczenia (naprawienie szkody) – są one irrelevantne.

Ocenił, że osobliwa byłaby również sytuacja, gdyby zamawiający, po otrzymaniu odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, zmienił swoje stanowisko co do stwierdzonego naruszenia, skoro wcześniej miał wszystkie dane dotyczące naruszenia, ponieważ był stroną zarówno umowy na dostawę pojazdów Acatu-2, jak i umowy sądowej, która nie została przez wykonawcę Pesa wykonana. Zdaniem odwołującego takie działanie zamawiającego można racjonalnie wytłumaczyć wyłącznie brakiem pewnego rodzaju „*odwagi decyzyjnej*”, która jednak nie może być tolerowana – jeśli bowiem zamawiający nie posiada wystarczających kompetencji merytorycznych lub decyzyjnych do prawidłowego zastosowania instytucji

opisanej w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp to mógł nie wprowadzać do SIWZ możliwości wykluczenia wykonawców na tej podstawie, ponieważ nie miał takiego obowiązku.

Prezentując stanowisko co do poważnego i zawinonego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę Pesa (z daleko idącej – jak wskazał odwołujący) ostrożności podniósł, że gdyby zamawiający z jakichkolwiek względów zmienił swoje pierwotne stanowisko i uznał, że w przypadku Pesy nie doszło do poważnego i zawinonego naruszenia obowiązków zawodowych w okresie ostatnich trzech lat, to jest to twierdzenie błędne, ponieważ wskazywany przez zamawiającego w piśmie z 15.10.2015 r. stan faktyczny ewidentnie spełnia wszystkie przesłanki z art 24 ust. 2a ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych przez Pesę polega na dostarczeniu zamawiającemu 5 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych typu EN77 z wadą polegającą na nadmiernym zużywaniu się zestawów kołowych, nieusunięciu wady pomimo jej zgłoszenia, a następnie złożenia dobrowolnej deklaracji usunięcia wady, poprzez wykonania modernizacji układu jezdnego w formie ugody sądowej i nie wywiązanie się z tej deklaracji poprzez zaniechanie wykonania ugody w zakresie m. in. modernizacji układu jezdnego.

Podał, że na mocy ww. umowy wykonawca Pesa zobowiązał się do wykonania i dostarczenia zamawiającemu pięciu sztuk EZT typ ACATUS - 2 oraz zapewnienia w pełnym zakresie ich serwisu (obsługi pozaoperacyjnej) na zasadach określonych w dokumencie pn. „Warunki gwarancji i serwisowania EZT”, przez okres 63 miesięcy.

Wskazał, że w trakcie eksploatacji EZT, w okresie gwarancji, ujawniono zużycie zestawów kołowych ponad minimalne wymogi techniczne opisane umową (wymogi te, w pkt 8 załącznika technicznego wskazywały m. in., że minimalny przebieg między przetaczaniem wieńców kół wynosić ma min. 100 000 km).

Wskazał także, że zdaniem zamawiającego Pesa nienależycie wykonywała swoje zobowiązanie z tytułu umowy, a to ze względu na techniczną wadę systemową wszystkich dostarczonych EZT (wada zestawów kołowych), która to wada nie została usunięta w ramach obowiązującej gwarancji – stanowisko to zostało potwierdzone w sporządzonej na zlecenie zamawiającego przez Politechnikę Krakowską ekspertyzie, z której wynika, że przyczyną nadmiernego zużywania się kół są wady pojazdu, a konieczną czynnością zaradczą jest m. in, weryfikacja rozwiązania konstrukcyjnego więzi wózka z nadwoziem, po uprzednim sprawdzeniu momentu oporowego wózka względem nadwozia.

Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że Pesa знаła stan linii kolejowych i wymagania SIWZ w zakresie wytrzymałości zestawów kołowych, wobec czego powinna dostosować konstrukcję pojazdów Acatius 2 oraz materiał, z którego wykonano koła jezdne do wymogów określonych przez zamawiającego.

Podał, że Województwo Małopolskie i Pesa pozostawały w sporze co do przyczyn nadmiernego zużycia się zestawów kołowych, który doprowadził do zawarcia w dniu 25 września 2014 r. ugody przed Sądem Rejonowym dla Krakowa - Śródmieścia, na podstawie której wykonawca Pesa zobowiązał się do wykonania na rzecz Województwa Małopolskiego świadczeń rzeczowych o wartości przekraczającej 10 mln złotych, mających zaspokoić roszczenia województwa.

Odwołujący podał, że w ramach ugody wykonawca Pesa zobowiązał się do:

1. dokonania w okresie między 2 lutego 2013 a 15 grudnia 2013 wymiany kół monoblokowych w dostarczonych EZT,
2. jednorazowej wymiany kół w EZT na koła wykonane z materiału ER9 - w terminie wydłużonego okresu gwarancji,
3. wydłużenia okresu serwisu (obsługi pozaoperacyjnej) o 6 miesięcy w stosunku do okresu określonego w łączącej strony umowie,
4. wykonania modernizacji układu jezdnego na wszystkich zestawach kołowych napędnych i tocznych wszystkich pojazdów w okresie od listopada 2014r. do końca marca 2015r.
5. zamontowania tempomatów w EZT-ach.

Wskazał także, że w wymaganym terminie Pesa nie wykonywała postanowień ugody w zakresie:

1. wykonania modernizacji układu jezdnego – nie wykonano modernizacji w żadnym z pięciu pojazdów objętych dostawą,
2. montażu tempomatów na trzech pojazdach.

Podał, że wobec niedotrzymania warunków ugody Województwo Małopolskie wystąpiło do sądu o nadanie klauzuli wykonalności przedmiotowej ugodzie w zakresie niezrealizowanych świadczeń.

Odwołujący uznał, że powyższe fakty wynikają z następujących dokumentów pochodzących od zamawiającego, będących w jego posiadaniu:

1. uchwała nr 968/14 Zarządu Województwa Małopolskiego z dnia 9 września 2014 r. w sprawie zawarcia ugody przed Sądem Rejonowym dla Krakowa - Śródmieścia z firmą Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.,
2. pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego z dnia 14 października 2015 r., zawierające odpowiedź na złożony przez Newag SA wniosek o udzielenie informacji publicznej z dnia 2 października 2015 r,
3. treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Małopolskie na dostawę i serwisowanie elektrycznych zespołów

trakcyjnych do wykonywania regionalnych przewozów pasażerskich, w wyniku którego została zawarta Umowa, w tym treść Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz wzoru umowy, stanowiące załączniki do ww. specyfikacji,

4. ekspertyza Politechniki Krakowskiej z czerwca 2013 r.

Podkreślił, że zamawiający dysponuje także innymi dokumentami, które dotyczą przedmiotowej sprawy z racji wykonywania dostaw przez PESE dla zamawiającego. Uznał, że zamawiający dysponował i dysponuje wszelkimi dowodami na okoliczności przedmiotowego naruszenia.

Podsumował, że doszło do naruszenia obowiązków zawodowych przez Pesę w okresie 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania – zamawiający stwierdził naruszenie występując do Pesy z roszczeniem z tytułu wadliwości EZT, a następnie deklarując, że wystąpi na drogę sądową w związku z niewykonaniem przez PESE ugody.

Stwierdził, iż do naruszenia doszło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, ponieważ ujawnienia wad miało miejsce w okresie wrzesień-grudzień 2012 roku, a zatem wcześniej niż 3 lata przed terminem wszczęcia przedmiotowego postępowania (sierpień 2015), zawarcie ugody nastąpiło w roku 2014, a stwierdzenie jej niewykonania w roku 2015.

Podkreślił, że w odniesieniu do wskazanego w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp 3-letniego okresu przed wszczęciem postępowania, w doktrynie przyjmuje się, że w odniesieniu do wad ujawnionych w toku eksploatacji przedmiotu zamówienia (np. w okresie odpowiedzialności z rękojmi) moment, w którym dochodzi do zaistnienia poważnego wykroczenia zawodowego ulega przesunięciu w stosunku do momentu odbioru przedmiotu umowy, co oznacza, że w takiej sytuacji miarodajna jest data ujawnienia wady; co więcej, w razie nieusunięcia wady (co miało – według odwołującego – miejsce w tym przypadku), naruszenie zyskuje cechę permanentności, w związku z czym zdarzenia będące podstawą do ich kwalifikacji jako „naruszenia zawodowego” miały miejsce, czy należałoby raczej stwierdzić, że „dzieją się”, w czasie krótszym niż trzy lata licząc od dnia wszczęcia postępowania.

Uznał, że w ocenie odnośnej kwestii należy również brać pod uwagę czas i treść zobowiązań podjętych przez wykonawcę Pesa w następstwie ugody zawartej przez strony po ujawnieniu się wady technicznej dostarczonych EZT, w dniu 25 września 2014 r. – w jej następstwie, nie tylko została utrzymana i potwierdzona treść dotychczas istniejącego zobowiązania wynikającego z umowy, ale również uzupełniona o nowe wątki, nade wszystko jednak została ustalona wysokość roszczeń Województwa Małopolskiego wobec Pesy z tytułu nienależytego wykonania umowy, a ponadto został określony sposób ich wykonania (realizacja świadczeń rzeczowych).

Wskazał, że zobowiązanie w postaci ustalonej ugodą także nie zostało przez Pesa wykonane, co również miało miejsce w okresie krótszymi niż 3 lata od daty wszczęcia postępowania.

Stanął na stanowisku, że „naruszenie obowiązków zawodowych” przez wykonawcę, by zyskać miano „poważnego” musi cechować się natężeniem, które nadwyręża jego wiarygodność profesjonalną, co oznacza, że będzie to zatem zdarzenie prowadzące do oceny, że wykonawca ten nie wykształcił wewnątrz swojego przedsiębiorstwa trwałych mechanizmów zapewniających prawidłową realizację zaciągniętych zobowiązań, bądź mechanizmy te nawet jeśli zostały wykształcone, to uległy istotnemu zaburzeniu; na owe, prawidłowo działające mechanizmy, poza zupełnie oczywistymi, jak zapewnienie zasobów ludzkich, organizacyjnych, technicznych, adekwatnych do celów gospodarczych przedsiębiorcy, składa się nade wszystko zdolność do rozpoznawania prawnych powinności zachowania, powiązania z wewnętrznym przekonaniem o konieczności ich dotrzymania. Winne być one uzupełnione – dodał odwołujący – o właściwą ocenę własnego potencjału w aspekcie ilościowym, jakościowym, technicznym, logistycznym.

Odwołujący stwierdził, że dostarczenie pojazdów, w których tkwiła techniczna wada systemowa wskazuje na istnienie pewnej słabości w technicznych zasobach wykonawcy. W ocenie odwołującego równie ważny, jeśli nie daleko ważniejszy, jest brak zdolności do podjęcia środków dla zaradzenia tej sytuacji – w życiu przedsiębiorstwa, dostarczającego zaawansowane technologicznie produkty, zdarzają się bowiem epizody związane z wyemitowaniem na rynek produktów wadliwych, jednak przedsiębiorstwo, któremu można przypisać pozytywną ocenę wiarygodności, winno umieć podjąć w takich okolicznościach działania zaradcze.

Stwierdził, że jako profesjonalista Pesa musiała mieć świadomość, że nadmierne zużywanie się kół jest zjawiskiem generującym poważne problemy w toku użytkowania pojazdów przez zamawiającego. Pokreślił, że Pesa zgodziła się w ugodzie na bardziej systemowe wyeliminowanie intensywnego zużycia kół monoblokowych w dostarczonych pojazdach, poprzez modernizację układu jezdnych pojazdów; Pesa jako profesjonalny producent, świadom istotnie „szerszych” przyczyn szybkiego zużycia kół monoblokowych, z pełną świadomością zobowiązała się przeprowadzić przedmiotową modernizację w okresie do 31 marca 2015 roku. Zwrócił uwagę na fakt, że Pesa, jako profesjonalny wykonawca doskonale wiedział, jakie będą skutki wymiany jedynie kół monoblokowych na „twardsze”, bez gruntownych zmian w konstrukcji układu jezdnych pojazdów.

Podał, że podczas zwykłej eksploatacji koła poddaje się systematycznej reprofiliacji poprzez przetaczanie wieńców – są to zabiegi konieczne ze względów bezpieczeństwa, zaś ich wykonanie wiąże się z wyłączeniem pojazdów z ruchu, co dla każdego profesjonalisty powinno być oczywiste; wyłączenie takie jest długo- lub średnio- terminowe, a to z uwagi na

konieczność demontażu zasadniczych elementów pojazdu. Odwołujący wskazał, że ponadnormatywne zużycie kół wiąże się z dekompozycją przyjętego harmonogramu przeglądów, z częstszym wyłączaniem pojazdów z ruchu, w następstwie czego pojawiają zagrożenia dla zapewnienia płynnego, zgodnego z rozkładem ruchu podróży.

Podsumował, że istnienie tego rodzaju wady w pojazdach ma dla zamawiającego daleko idące konsekwencje natury kosztowej, logistycznej, które mogą przynieść znaczący uszczerbek dla jakości wykonywanych przez nie zadań.

Uznał, że zagadnienie bezproblemowej eksploatacji pojazdów miało dla zamawiającego duże znaczenie, ponieważ istotą umowy i jej przedmiotem było nie tylko dostarczenie pojazdów, ale zapewnienie 63 miesięcznego serwisu, przy zachowaniu surowych wymogów technicznych; z racji właściwości oferowanego „asortymentu”, szczególne znaczenie dla zamawiającego miała gwarancja jego poprawnego działania i możliwość niezakłóconej eksploatacji w okresie gwarancji, co – stwierdził odwołujący – oznacza, że rękojmia i gwarancja, a także serwis, były bardziej immanentną częścią umowy, a ich akcesoryjny z reguły charakter tracił na znaczeniu.

Podniósł, że Pesa nie tylko nienależycie wykonała umowę, ale nie wykonała również całości świadczeń wynikających z ugody (modernizacja układu jezdnego pojazdów oraz montaż tempomatów (w odniesieniu do trzech spośród pięciu pojazdów)).

Podkreślił, że Pesa miała możliwość współkształtowania warunków ugody – miała wpływ na dobór środków, przy pomocy których wada pojazdów i jej skutki mają zostać usunięte.

W ocenie odwołującego, wobec niewywiązanie się przez Pesa z ugody, decyzja o naprawieniu szkód, poprzez świadczenia rzeczowe nie została podjęta w sposób przemyślany, oparty o realną ocenę własnych możliwości, a treść tych świadczeń nie została dobrana pod względem technicznym w sposób adekwatny do istniejącej wady.

Zdaniem odwołującego wskazane naruszenie podważa rękojmię Pesa co do należytego wykonania niniejszego zamówienia ze względu na nierozwiązane wady konstrukcyjnej pojazdów, które zostały zaoferowane zamawiającemu – podał, że jedyne pojazdy, jakie mogą być zaoferowane przez Pesę (biorąc pod uwagę wymagania konstrukcyjne EZT określone przez zamawiającego) i znajdują się obecnie w ofercie tego producenta, to EZT z rodziny Acatu-2 i Elf.

Wskazał, że projekt umowy, stanowiący załącznik do SIWZ, wyraźnie wskazuje, co ile kilometrów powinno następować toczenie zestawów kołowych – zarówno w przypadku opisu przedmiotu zamówienia w przetargu na 5 EZT dostarczonych przez Pesa w 2011 roku oraz w obecnym przetargu, w szczególności w zakresie wymogu jazdy bez obróbki skrawaniem

zarysu koła jezdnego na poziomie min. 100 000 km oraz następne toczenia zestawów kołowych nie wcześniej niż po przebiegu kolejnych 80 000 km.

Podniósł, że doświadczenia zamawiającego z eksploatacją pojazdów Acatu 2 (które mają wózek tego samego typu z wózkiem pojazdów Elf) dostarczonych przez PESE w 2010 roku, w tym ekspertyza Politechniki Krakowskiej, potwierdzają, że bez wprowadzenia znaczących zmian do konstrukcji wózków tych pojazdów, nie będzie możliwe aby spełniały one wszystkie kryteria określone w umowie i SIWZ.

Oświadczył, że według jego najlepszej wiedzy proces modernizacji układu jezdnego jest procesem wielokrokowym, więc organizacyjny skomplikowanym i kosztownym.

Uznał, że mając na względzie konsekwencje wad konstrukcyjnych pojazdów z rodziny Acatu i Elf, opisane w opinii Politechniki Krakowskiej, oferowanych przez Pesa istnieje realne zagrożenie, że dostarczone przez Pesa w niniejszym postępowaniu pojazdy nie spełnią wymogu dotyczącego kół jezdnych, gdyż nadal koła będą ulegały przyspieszonemu zużyciu ze względu na wadę konstrukcyjną wózków pojazdów z rodzin Acatu i Elf.

Podsumował, że popełnienie przez Pesę w przeszłości wykroczenie zawodowe może mieć bezpośrednio implikacje dla niniejszego postępowania, co dodatkowo potwierdza istotność i wagę stwierdzonego naruszenia.

Ocecił, że nawet gdyby Pesa zdecydowała się na modyfikację układu jezdnego pojazdów Acatu w celu wyeliminowania ich wad, jest wątpliwe, czy producent ten będzie w stanie na czas wprowadzić stosowne zmiany konstrukcyjne i zaproponować zupełnie nowy pojazd – mając na względzie wskazany w SIWZ termin dostarczenia 12 EZT (pierwsze cztery pojazdy powinny być dostarczone wraz z dokumentacją do 30 listopada 2016 roku) oraz czasochłonność procesu projektowania, budowy i homologacji prototypowych pojazdów elektrycznych, jest niemożliwe, aby PESA zaprojektowała nowy typ pojazdu i dostarczyła cztery sztuki takiego pojazdu wraz z wymaganą dokumentacją do 30 listopada 2016 roku.

Oświadczył, że źródłem w/w wątpliwości są publicznie dostępne informacje na temat dużych opóźnień Pesa w realizacji poprzednich umów na dostawy pojazdów, a także ze skali problemów Pesa z zaprojektowaniem i wykonaniem nowego pojazdu typu Dart oraz opóźnieniami w jego dostawie – zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami, obecnie PESA ma kilkumiesięczne opóźnienia w realizacji szeregu wcześniejszych zamówień. (opóźnienia te dotyczą dostawy kilkudziesięciu pojazdów, co oznacza, że znaczna część mocy produkcyjnych Pesa będzie w ciągu najbliższych kilku miesięcy zaangażowana w próbę wyeliminowania w/w opóźnień.

Uznał, że Pesa nie będzie w stanie wyprodukować 12 nowych pojazdów dla zamawiającego do końca listopada 2016, jeśli jednocześnie przez najbliższe miesiące będzie nadrobiła opóźnienia w aktualnie realizowanych zamówieniach.

Uznał również, że w świetle powyższych okoliczności, naruszenie zawodowe jakiego dopuściła się Pesa ESA należy oceniać jako poważne oraz zawinione.

Poważne, ze względu na daleko idącą uciążliwość dla zamawiającego, wartość świadczeń, niewywiązanie się przez wykonawcę z umowy, którą sam tworzył oraz bezpośredni związek z przedmiotem niniejszego postępowania.

Zawinione, ponieważ wykonawca Pesa co najmniej nie zachował należytej staranności w realizacji zobowiązań wynikających z umowy i umowy; w momencie podpisywania niemożliwej do dotrzymania umowy wykonawca Pesa albo godził się na ewentualność nieusunięcia skutków wady technicznej tkwiącej w pojazdach, albo nie dochowała należytego przewidywania, którego w tych okolicznościach z pewnością można było oczekiwać od profesjonalisty – takie zachowanie mieści się z w pojęciu „stosunkowo poważnego niedbalstwa”, o czym mowa była w TSUE w wyroku C-465/11.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że zamawiający był obowiązany do wykluczenia wykonawcy Pesa z postępowania na podstawie art 24 ust. 2a ustawy Pzp, ponieważ wszystkie przesłanki określone wzmiankowanym przepisem zostały spełnione, tj.:

1. zamawiający objawił w SIWZ oraz ogłoszeniu zamiar wykluczenia wykonawców, którzy popełnili poważne wykroczenie zawodowe,
2. zdarzenia będące podstawą wykluczenia mieszczą się w okresie ostatnich 3 lat, licząc od dnia wszczęcia postępowania,
3. ze względu na znacząco wysoki stopień dolegliwości dla zamawiającego skutków wady tkwiącej w dostarczonych pojazdach oraz fakt niewykonania warunków dobrowolnie zawartej umowy, popełnione przez wykonawcę Pesa naruszenie winno się oceniać jako „poważne”,
4. nieusunięcie skutków naruszenia i niedotrzymanie warunków umowy ma wszelkie cechy zawinienia będącego konsekwencją co najmniej „stosunkowo poważnego niedbalstwa”.
5. zamawiający dysponował dowodami potwierdzającymi poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Pesa nie wykazał podjęcia środków, które zwalniałyby zamawiającego z obowiązku wykluczenia go z postępowania, ponieważ:

1. wykonawca Pesa nie naprawił po dzień dzisiejszy wyrządzonej szkody w szczególności nie naprawił szkody wynikającej z niewykonania umowy, zaś ewentualne powoływanie się w opisanych wyżej okolicznościach wyłącznie na fakt zobowiązania się do jej naprawienia jest nie do pogodzenia z prawidłową wykładnią art. 24 ust 2a ustawy Pzp,

2. wada tkwiąca w pojeździe tkwi w nim nadal, zaś modernizacja układów jezdnych EZT nie została dokonana z przyczyn zawinionych przez wykonawcę Pesa.

Odwołujący uznał, że mając na względzie przyczynę przyspieszonego zużycia się zestawów kołowych w pojazdach Acatius 2 oraz zakres zmian konstrukcyjnych, jakie są konieczne do usunięcia w/w wad w pojazdach z rodziny Acatius i Elf, przesłanka zapobieżenia naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości wydaje się być trudna do zrealizowania, co wynika z faktu, że wykonawca Pesa nie wykonał jak na razie modernizacji układu jezdnych pojazdów z rodziny Acatius, a dla usunięcia w/w wad konstrukcyjnych już po ich ewentualnej dostawie na rzecz zamawiającego nie będzie wystarczająca modernizacja w obrębie typu wózka, ale niezbędne będą zmiany konstrukcyjne prowadzące do zmiany typu pojazdu. W ocenie odwołującego, w tej sytuacji, nie sposób więc mówić, że zostały wdrożone konkretne środki techniczne mające zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości, ponieważ zamawiający nadal doświadczać będzie negatywnych konsekwencji naruszenia zawodowego popełnionego przez wykonawcę, a dźać się to będzie w warunkach obowiązującej ciągle umowy z 2010 roku na dostarczenie i serwis pojazdów.

Zwrócił uwagę, iż zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pesa może mieć znaczne implikacje dla zamawiającego, jak i budżetu państwa, ponieważ zamówienie jest współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR) w ramach Priorytetu VII Regionalnego Program Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, co wiąże się z tym, że kwalifikuje się jako duży projekt realizowany w ramach tego Programu i będzie poddane kontroli nad jego wdrożeniem przez Komitet Monitorujący (art. 110 ust 1 rozporządzenia ogólnego), wobec czego istnieje ryzyko utraty dofinansowania ze środków europejskich na zakup 12 EZT dla kolei małopolskich.

W odniesienia zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Pesa z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej odwołujący wskazał, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a także sądów powszechnych przyjmuje się, że cena rażąco to cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.

Stwierdził, że daną cenę ofertową odnieść należy do szacunkowej wartości zamówienia, średniej lub średniej arytmetycznej ofert złożonych w toku danego postępowania, które to wskaźniki stanowią miarę właściwej wartości ocenianego zamówienia, miarę wartości rynkowej.

Uznał, że rynkowa wartość rynkowa zamówienia, mierzona ww. wskaźnikami, stanowi punkt odniesienia dla kwalifikacji danej oferty jako ewentualnie mogącej „budzić wątpliwości

zamawiającego" co do tego, czy nie jest ona rażąco niska, a zaistnienie takiej wątpliwości, zgodnie z dyspozycją art. 90 ustawy Pzp, jest podstawą uruchomienia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Stwierdził, że uruchomienie procedury wyjaśniającej powoduje domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, którego obalenie przy pomocy dowodów jest obowiązkiem wykonawcy, poprzez udowodnienie, że jego cena ofertowa nie odbiega ujemnie od realnej, rynkowej wartości zamówienia – w takiej sytuacji nie będzie konieczne wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia.

Podniósł, że w braku wykazania, że cena ma charakter rynkowy, niezbędne jest wykazywanie indywidualnych dostępnych danemu wykonawcy czynników (określonych w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp) umożliwiających zaoferowanie niższej niż rynkowa ceny

W ocenie odwołującego cena ofertowa wykonawcy Pesa, zarówno za dostawę pojazdów czteroczołowych, jak i pięcioczołowych, jest cenę znacznie odbiegającą in minus od ceny rynkowej, o czym świadczy porównanie z szacunkową wartością zamówienia przedmiotowego przetargu oraz ofertą złożoną przez odwołującego, ponieważ:

1. różnica w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia wynosi prawie 30 %, a w stosunku do ceny odwołującego ponad 20%; odwołujący stanął na stanowisku, że są to bardzo duże dysproporcje, w szczególności biorąc pod uwagę specyfikę i konkurencyjność rynku,
2. znaczne zniżenie ceny oferty wykonawcy Pesa w stosunku do cen rynkowych potwierdza analiza cen w poprzednich przetargach na rynku polskim na dostawę pojazdów czteroczołowych i pięcioczołowych:

Zestawienie cen netto z przetargów na EZT w Polsce							
Zamawiający	data	ilość	człony	Newag	Stadler	Pesa	CAF
SKM w Warszawie (leasing)	05 2009	4	4	26 358 201,88	-	29 992 462,69	
UMW Śląskiego	06 2009	8	4	.	-	19 200 000,00	
UMW Małopolskiego	08 2009	5	4	12 278 688,52	-	14 950 000,00	
Koleje Mazowieckie	12 2009	16	4		19 639 000,00	18 906 535,00	
Koleje Mazowieckie	12 2009	20	4		21 746 000,00	17 015 000,00	22 093 977,50
UMW Wielkopolskiego	08 2010	22	4		17 954 545,45	17 350 000,00	17 863 636,36
UMW Śląskiego	10 2010	1	4	21 500 000,00	-	18 200 000,00	

UMW Kujawsko-Pomorskiego	11 2010	1	4	15 022 131,15	-	21 300 000,00	
Koleje Dolnośląskie	03 2011	5	4	16 260 000,00	22 630 000,00	16 750 000,00	
UMW Zachodniopomorskiego		9+8	4	17 400 300,00	-	19 780 000,00	
UMW Kujawsko-Pomorskiego	06 2013	2+3	4	16 160 000,00	-	13 350 000,00	
Koleje Dolnośląskie	10 2013	5	4	15 600 000,00	-	12 870 000,00	
Koleje Mazowieckie	08 2014	12	5	16 639 000,00		16 880 000,00	
SKM Trójmiasto	01 2015	2	4	14 460 000,00	-	14 650 000,00	
UMW Małopolskiego	10 2015	10	4	16 680 000,00	-	12 500 000,00	
UMW Małopolskiego	10 2015	6	5	18 730 000,00	-	13 900 000,00	

Podniósł, wobec faktu, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zastosował wobec wykonawcy Pesa procedurę wyjaśniającą, że na tym wykonawcy spoczywa ciężar dowodu wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska (zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Zdaniem odwołującego zaprezentowane w odwołaniu zestawienia obrazują, że cena zaoferowana przez wykonawcę Pesa nie jest ceną rynkową, co oznacza, że jedynym środkiem do udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska jest wykazanie dostępnych mu indywidualnych czynników, które pozwolą na realizację zamówienia, bez strat własnych i finansowania zamówienia z innych źródeł.

Odwołujący stwierdził, że nie jest w stanie odnieść się konkretnie do wyjaśnień, jakie złożył wykonawca Pesa na wezwanie zamawiającego, ponieważ zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak – w ocenie odwołującego – wyjaśnienia te nie mogą obalić domniemania rażąco niskiej ceny, ponieważ nie jest możliwe wyprodukowanie i dostarczenie pojazdów wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych w cenie zaoferowanej przez wykonawcę Pesa bez poniesienia znacznych strat finansowych, a cena zaoferowana przez wykonawcę Pesa znacząco odbiega od ceny rynkowej i stanowi formę „dumpingu” zastosowanego w celu pozbawienia odwołującego udziału w rynku.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie szczegółowej weryfikacji wyjaśnień wykonawcy Pesa ze szczególnym uwzględnieniem dostępnych mu indywidualnych czynników wymienionych w art. 90 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp oraz ocenę, czy wyjaśnienia te były wystarczająco rzetelne, precyzyjne, konkretne, oparte na wiarygodnej i szczegółowej

kalkulacji, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, pozwalające na ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także o ocenę, czy dokonana przez zamawiającego ocena tych wyjaśnień była prawidłowa.

Odwolujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wskazując, że Sąd akcentował znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a także konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Porównał cenę pojazdów czteroczlonowych (I tabela) oraz pięcioczlonowych zaoferowanych przez wykonawcę Pesa z cenami oferowanymi w poprzednich postępowaniach:

Pojazdy czteroczlonowe:

Zamawiający	Znak przetargu	Cena netto za 1 pojazd bez świadczeń dodatkowych	Wyposażenie w system ETCS 2	Pełna zgodność z TSI	Okres gwarancji w mies.	Uwagi
Woj. Małopolskie	IS-1.272.1.2015	12 500 000	Tak	Tak	120	
Woj. Zachodniopomorskie	WOIRZL.II.272.9.22013.AK	19 780 000	Nie	Nie	36	
Woj. Wielkopolskie	DT.V-3323//10	17 350 000	Nie	Nie	60	
Koleje Dolnośląskie	KD/AZ/32/2010	16 750 000	Nie	Nie	48	
Koleje Dolnośląskie	KD/HZ3/71/2013	12 870 000	Nie	Nie	96	oferta odrzucona ze względu na rażąco niską cenę

Pojazdy pięcioczlonowe:

Zamawiający	Znak przetargu	Cena netto za 1 pojazd bez świadczeń dodatkowych	Wyposażenie w system ETCS 2	Pełna zgodność z TSI	Okres gwarancji w miesiącach
Województwo Małopolskie	IS-1.272.1.2015	13 900 000	Tak	tak	120
Koleje Mazowieckie	MWZ3-205-71-2014	16 880 000	Nie	tak	78

Uznał, że cena pojazdów zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu powinna być wyższa od cen pojazdów zaoferowanych w poprzednich postępowaniach ze względu na dodatkowe wymogi SIWZ, których nie przewidywały SIWZ w porównywanych postępowaniach, tj.:

- konieczność dostarczenia pojazdów zgodnych z TSI, potwierdzonej certyfikatami zgodności WE, których sam koszt badań wynosi nie mniej niż 150.000 zł na jeden pojazd,
- konieczność zabudowania technicznych składników interoperacyjności spełniających wymogi TSI, które są droższe niż standardowe podzespoły o nie mniej niż kilkadziesiąt tysięcy zł na jeden pojazd,
- koszt świadczeń gwarancyjnych za okres zaoferowany (120 miesięcy), który – stwierdził odwołujący – jest co najmniej o połowę wyższy niż w poprzednich przetargach ze względu na dłuższy okres gwarancyjny;

Podsumował, że cena ofertowa wykonawcy Pesa jest ceną rażąco niską, ponieważ:

1. znacząco (prawie 30 %) odbiega od ceny rynkowej, co – wedle odwołującego – na tym rynku jest niespotykane,
2. podobna cena została już uznana za rażąco niską w sprawie KIO 2794/13,
3. wykonawca Pesa oferował pojazdy zbieżne rodzajowo i technicznie, aczkolwiek uboższe w zakresie wyposażenia wymaganego przez TSI oraz bez ETCS, w cenach znacznie wyższych w przeszłości, a specyfika kosztów produkcji pojazdów szynowych nie pozwala – wedle odwołującego – na aż tak znaczne obniżenie kosztów wytworzenia,
4. zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu zaoferowano pojazdy spełniające dodatkowe wymagania, które podwyższają koszty produkcji pojazdów w stosunku do pojazdów oferowanych w poprzednich postępowaniach o co najmniej 2 mln zł (wymogi TSI, ECTS oraz gwarancja jakości na 120 miesięcy).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 12 listopada 2015 r., w tym w szczególności: Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN) [dalej „Protokół”], specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) wraz z załącznikami, dokumentów zastrzeżonych, złożonych przez przystępującego zamawiającemu na wezwanie z dnia 15 października 2015 r. („*Wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących nienależytego wykonania umowy*”) [koperta oznaczona „*Tajemnica przedsiębiorstwa Wyjaśnienia dot. nienależytego wykonania – PESA –*”], korespondencji poprzedzającej zawarcie ugody z dnia 25 września 2015 r. oraz korespondencji po zawarciu tej ugody związanej z jej realizacją (koperta oznaczona „*Tajemnica przedsiębiorstwa – Dokumenty dot. Ugody z PESA –*”), pisma zamawiającego do odwołującego z dnia 6 października 2015 r. dotyczącego kwoty,

jaką zamawiający planuje przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, pisma zamawiającego do odwołującego z dnia 7 października 2015 r. dotyczącego sposobu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, pisma zamawiającego do przystępującego z dnia 8 października 2015 r. – „*Wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny*”, *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo zamawiającego z dnia 18 listopada 2015 r., złożonych na rozprawie: ekspertyz: Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki Wydział Inżynierii Lądowej Instytut Inżynierii Drogowej i Kolejowej z marca 2013 roku „*Badania toru kolejowego – 32WE*”, Politechniki Warszawskiej Wydział Samochodów i Maszyn Roboczych z marca 2013 roku „*Ocena wpływu jakości toru na zużycie kół kolejowych na podstawie badania drgań na pojeździe 32WE i pomiarów geodezyjnych*”, Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki Wydział Mechaniczny Instytut Pojazdów Szynowych z czerwca 2013 roku dotycząca „*Ustalenia przyczyny nadmiernego zużycia kół jezdnych zestawów kołowych trakcyjnych typu 32WE serii EN77 Acatuś II*”, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Pesa pomimo, że dopuścił się poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, co zamawiający był w stanie wykazać za pomocą znajdujących się w jego posiadaniu dowodów, przy jednoczesnym braku podjęcia przez wykonawcę środków, które miałyby zapobiec poważnemu i zawinionemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz braku naprawienia wyrządzonej szkody nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 15 października 2015 r. zamawiający wezwał przystępującego, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących nienależytego wykonania umowy z dnia 28 stycznia 2010 r. zawartej pomiędzy zamawiającym a przystępującym na dostawę i serwisowanie 5 pojazdów typu Acatuś-2, w trakcie realizacji której ujawniono znaczne zużycie zestawów kołowych. W piśmie zamawiający wskazał także, że „w celu uniknięcia długotrwałego procesu sądowego zamawiający zawarł z firmą Pesa Bydgoszcz ugodę w dniu 25 września 2014 r. Postanowienie ugody nie zostały jednak w pełni wykonane: nie wykonano modernizacji

układu jezdnych pojazdów oraz montażu tempomatów, które to świadczenia miały zostać wykonane w terminie do 31 marca 2015 r. W Wyniku nienależytego wykonania warunków umowy Województwo Małopolskie wystawiło notę obciążeniową, obejmującą pełną wartość niewykonanych świadczeń na łączną kwotę 3.639.293,00 zł.” Cytując art. 24 ust. 2a ustawy Pzp oraz wskazując, że w rozdziale VI ust. 21 SIWZ przewidział przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający wezwał przystępującego do „udzielenia wyjaśnień w zakresie opisanej sytuacji wraz z dowodami, dotyczącymi podjęcia przez firmę Pojazdy szynowe PESA Bydgoszcz S.A. konkretnych działań, środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Ponadto zwracam się o udzielenie wyjaśnień (wraz z dowodami) co do sposobu naprawienia szkód powstałych w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczącymi zobowiązania się do ich naprawienia”.

Bezsporny był fakt, że umowa z 28 stycznia 2010 r. w pkt. 8 załącznika nr 3 do umowy zawierała wymóg określający minimalny przebieg między przetaczaniem wieńców kół na poziomie min. 100 000 km oraz, że zamawiający i przystępujący prezentowali odmienne stanowiska co do przyczyn owego znacznego zużycia zestawów kołowych. Stanowiska te sprowadzały się do tego, iż przystępujący twierdził, że uszkodzenia powierzchni tocznych kół pojazdów (znaczone zużycie zestawów kołowych) są wynikiem złej jakości torowiska, co zgodnie z warunkami gwarancji jest wyłączone z odpowiedzialności przystępującego, zamawiający zaś twierdził, że znaczne zużycie zestawów kołowych jest wynikiem zastosowania przez przystępującego niewłaściwych technologii przy ich produkcji, co oznacza, że ujawniona wada podlega gwarancji.

Swoje stanowiska zamawiający i przystępujący oparli na ekspertyzach: zamawiający na ekspertyzie z czerwca 2013 roku Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki (Instytut Pojazdów Szynowych Wydział Mechaniczny), zaś przystępujący na dwóch ekspertyzach z marca 2013 roku: Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki (Wydział Inżynierii Lądowej Instytut Inżynierii Drogowej i Kolejowej) oraz Politechniki Warszawskiej (Wydział Samochodów i Maszyn Roboczych).

Wnioski ekspertyzy Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki – Instytut Pojazdów Szynowych Wydział Mechaniczny – były następujące:

- *„podstawową przyczyną nadmiernego zużycia powierzchni kół zespołów trakcyjnych typu 32W serii EN77 Acatius II, są niedostateczne właściwości wytrzymałościowe i twardość materiału zastosowanego na koła, który nie spełnia w tym względzie wymagań normy PN-EN 13262:2004,*

- *Trudne warunki eksploatacji zespołów trakcyjnych są czynnikami, które mogą ale nie muszą intensyfikować proces zużycia i uszkodzeń powierzchni tocznej,*
- *Zużycie powierzchni tocznych w postaci pęknięć i wykruszeń zmęczeniowych („shelling, spalling”) jest głównie wynikiem poślizgu kół po szynie w procesie hamowania lub niskiej przyczepności koła do szyny, zależy zatem m.in. od sprawności układu hamulcowego”.*

Wnioski ekspertyzy Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki – Wydział Inżynierii Lądowej Instytut Inżynierii Drogowej i Kolejowej – były następujące:

1. *„Stan toru na badanych odcinkach jest zły lub bardzo zły, dotyczy to w szczególności luzów na stykach szyn. W związku z tym należy w trybie pilnym wykonać naprawy toru. Należy zastosować taki typ nawierzchni, aby możliwe było ułożenie toru bezstykowego”.*
2. *W chwili obecnej nawet ograniczenie prędkości do 20 km/h nie eliminuje niekorzystnego wpływu geometrii toru na nadmierne zużycie kół i szyn oraz spokojność poruszania się pojazdów szynowych”.*

Wnioski ekspertyzy Politechniki Warszawskiej – Wydział Samochodów i Maszyn Roboczych – były następujące:

- *„przedstawione (...) przykładowe uszkodzenia powierzchni tocznych kół kolejowych, wynikają ze złych warunków eksploatacyjnych związanych z jakością utrzymania toru”,*
- *„jakość toru na wybranych fragmentach badanego toru jest bardzo zła. Luzy na stykach przekraczają dopuszczalne wartości oraz ograniczenie prędkości przejazdu pojazdu szynowego na niektórych odcinkach toru nie eliminuje niekorzystnego wpływu geometrii toru na nadmierne zużycie kół i szyn”.*

Pismem z dnia 21 października 2015 r. przystępujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego, zastrzegając jednak wszystkie informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, na podstawie postanowień ugody („Świadczenia rzeczowe, o których mowa w niniejszej Ugodzie, zostaną wykonane przez PESA. W przypadku niewykonania świadczeń rzeczowych wymienionych w ust. 1 pkt 2 – 5 w terminach w nich zastrzeżonych, PESA Bydgoszcz SA zobowiązana jest do zapłaty Województwu Małopolskiemu środków pieniężnych odpowiadających pełnej wartości wymienionych w ust. 1 pkt 2 – 5, niezrealizowanych w całości lub w części na danym pojeździe świadczeń rzeczowych, chyba że strony uzgodnią dodatkowy termin na ich wykonanie przed upływem pierwotnych terminów”) wystawił notę obciążeniową na kwotę 3 639 293,00 zł, którą ostatecznie

przystępujący zapłacił (pierwotnie kwestionował jej wysokość) w dniu 21 października 2015 r. (po terminie składania ofert).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2a ustawy Pzp „Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, 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 dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji”.

Bez wątpienia brzmienie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp przesądza o tym, że wykonanie umowy stanowi obowiązek zawodowy wykonawcy – ustawodawca jako przykład naruszenia obowiązków zawodowych wskazał przecież nienależyte wykonanie umowy.

Ponieważ umowa z dnia 28 stycznia 2010 r. w pkt. 8 załącznika nr 3 – co sporne nie było – zawierała wymóg określający minimalny przebieg między przetaczaniem wieńców kół na poziomie min. 100 000 km, to uznać należy, że obowiązkiem wykonawcy wynikającym z tej umowy było dostarczenie takich pojazdów, których wieńce kół nie wymagają przetaczania na poziomie niższym niż 100 000 km.

Bezsporne było także to, że zużycie (ścieranie) kół było nadmierne, skutkiem czego wymóg minimalnego przebiegu pojazdu między przetaczaniem wieńców kół nie osiągał poziomu 100 000 km.

Strony (przystępujący i zamawiający) prowadziły spór, wymieniając korespondencję i prezentując w niej swoje stanowiska.

W ocenie składu orzekającego Izby kluczowymi dokumentami, którymi dysponował zamawiający, a które mogły dać odpowiedź na pytanie co do przyczyny przedwczesnego zużywania się wieńców kół, były 3 ww. ekspertyzy.

Wobec tego, że upatrywały one różne przyczyny przedwczesnego zużywania się kół, z których jedna dotyczyła stanu (bardzo złego na wybranych fragmentach) torów, po których pojazdy się poruszały, na który to stan przystępujący żadnego wpływu nie miał, nie można ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że dostarczone przez przystępującego pojazdy były wadliwe (wadliwość ta wynikać by miała z niedostatecznych właściwości wytrzymałościowych i twardości materiału zastosowanego na koła). Innymi słowy nie można odrzucić tezy, że przy właściwej jakości utrzymania toru (dobrym stanie torów) pojazdy dostarczone przez przystępującego spełniałyby wymagania umowne.

Na podstawie ww. ekspertyz i innych będących w dyspozycji zamawiającego dokumentów kwestia rozbieżnych przyczyn przedwczesnego zużywania się kół nie została przez zamawiającego rozstrzygnięta. Żadnych dodatkowych dowodów nie złożył także odwołujący na rozprawie.

Podkreślić należy, że stan torów podlega zmianom i jest zależny od jakości utrzymania torów, na co – jak wskazano powyżej – przystępujący wpływ nie ma (możliwość zgłaszania złego stanu torów trudno za taki wpływ uznać). Stwierdzić wobec tego należy, niezależnie od tego, czy i jak dokumentacja postępowania przetargowego, która stała się podstawą zawarcia umowy z dnia 28 stycznia 2010 r. opisywała stan torów, że stan ten na przestrzeni kilku lat (od wszczęcia postępowania w 2009 roku do dostarczenia pojazdów w 2011 roku) mógł ulec zmianie. Na marginesie wskazać można, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający ograniczył się do informacji, że pojazdy będą jeździły na terenie województwa małopolskiego (załącznik do pisma z dnia 11 września 2015 r. – wyjaśnienia treści SIWZ).

Dostrzeżenia nadto wymaga, że w piśmie z dnia 19 sierpnia 2013 r. skierowanym do zamawiającego przystępujący argumentował: *„Zasadniczą kwestią, jaka przesądza o nieprawidłowości przyjętego przez Państwa stanowiska jest fakt naruszenia podstawowej zasady przeprowadzania badań wytrzymałościowych i mikrostruktury. Zgodnie z powołaną przez Państwa normą, badania należy przeprowadzić przed eksploatacją pobierając próbki z koła w odległości 15 mm od nominalnej powierzchni tocznej, która w przypadku koła zużytego nie istnieje. Powyższe całkowicie pominięto zarówno w Państwa piśmie, jak i w przygotowanej analizie, która stanowi oparcie Państwa stanowiska w tej sprawie.”*

Także ta kwestia, jako istotna dla możliwości przyjęcia prawidłowości stanowiska zamawiającego co do przyczyny przedwczesnego zużywania się kół winna zostać przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego lub przez odwołującego na rozprawie podjęta, co nie miało miejsca.

Wskazać należy, że w pierwszej kolejności w przepisie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp mowa o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącym obowiązków tegoż wykonawcy, tj. z okresu 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Ta kwestia była bezsporna.

W drugiej kolejności w przepisie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp mowa o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącym sposobu naruszenia obowiązków przez tegoż wykonawcę, tj. zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych.

Ponieważ obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu dopiero przy kumulatywnym spełnieniu wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp – na co zwracał uwagę sam odwołujący (str. 3 odwołania), to brak przesłanki zawinienia przy realizacji obowiązków zawodowych nie daje zamawiającemu podstaw do eliminacji wykonawcy z postępowania z zastosowaniem przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp (niezależnie od oceny zaistnienia pozostałych przesłanek).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przystępującemu nie można, w świetle dowodów jakimi dysponował zamawiający, a nadto wątpliwości co do prawidłowości badań stanowiących podstawę wniosków ekspertyzy wykonanej dla zamawiającego – a na te jedynie dowody powoływał się odwołujący, nie podejmując próby ich rozszerzenia – przypisać przystępującemu zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych, abstrahując nawet od oceny charakteru naruszenia obowiązków zawodowych (możliwość zakwalifikowania naruszenia jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych).

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że choć zamawiający ma możliwość, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, sięgania po „dowolne środki dowodowe”, to jednak nie może być kwestionowane, że środki te w sposób nie budzący wątpliwości muszą uzasadniać (dowodzić) tak restrykcyjną czynność zamawiającego jaką jest wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, powodującą niemożność realizacji przez takiego wykonawcę celu udziału w postępowaniu, tj. uzyskania zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego Izby, co stanowi jednocześnie odniesienie się do stanowiska odwołującego, iż „Zobowiązanie w postaci ustalonej ugodą także nie zostało przez PESA wykonane, co również miało miejsce w okresie krótszym niż 3 lata od daty wszczęcia postępowania” (str. 10 odwołania trzeci akapit), wykonania przez przystępującego warunków zawartej pomiędzy zamawiającym a przystępującym ugody z dnia 25 września 2015 r., nie należy w tym stanie faktycznym poddawać odrębnej ocenie pod kątem możliwości wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, a to ze względu na nierozzerwalność powodów zawarcia ugody z odmienną oceną przez strony powodów przedwczesnego używania się kół (oceną, czy przystępujący w jakimkolwiek stopniu jest temu winny).

W ocenie składu orzekającego Izby wskazany w preambule powód zawarcia przez strony ugody („prezentują odmiennie stanowiska, co do przyczyn zużycia się zestawów kołowych (...) oraz skutków prawnych tego zużycia”) oraz motywacja stron decydująca o jej

zawarcia („Strony mając na uwadze dalszą dobrą współpracę przy realizacji Umowy oraz chcąc uniknąć długotrwałego postępowania sądowego zdecydowały o zawarciu ugody, która uwzględnia częściowo stanowisko każdej z nich i zaspokaja ich słuszne interesy”) prowadzić musi do wniosku, że do zawarcia ugody by nie doszło gdyby kwestia przyczyny nadmiernego ścierania się kół została przez zamawiającego – podmiot zobligowany do zastosowania przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp – rozstrzygnięta .

Zobowiązanie przystępującego z ugody z dnia 25 września 2015 r. ma charakter wtórny do sposobu wykonania zamówienia przez przystępującego. Przyjęcie przez przystępującego określonych w treści ugody zobowiązań wobec zamawiającego nastąpiło w okolicznościach braku przypisania przystępującemu winy przy nienależytej realizacji umowy z dnia 28 stycznia 2010 r. i z tego względu nie podlegające ocenie pod kątem istnienia podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

W konsekwencji braku „możliwości” przypisania przystępującemu zawinienia w związku z nienależytym wykonaniem umowy z dnia 28 stycznia 2010 r. uznać należy, że udowodnienie przez przystępującego, jak wymaga tego przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zdanie drugie, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości, jak i żądanie naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych (lub zobowiązanie się do ich naprawienia) było zbędne.

Fakt, że zamawiający, pismem z dnia 15 października 2015 r., zażądał udzielenia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi podjęcia działań naprawczych pozostaje z powyżej wskazanego powodu bez znaczenia.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pesa pomimo, że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do obsługi połączeń pasażerskich w aglomeracji krakowskiej wraz z dokumentacją w wersji czteroczęłkowej w ilości 8 sztuk oraz w wersji pięcioczęłkowej w ilości 4 sztuk wraz z gwarancją nie krótszą niż 60 miesięcy i nie dłuższą niż 120 miesięcy oraz kompleksową usługą serwisowo-utrzymawczą-naprawczą przez okres 5 lat, a nadto przeszkoleniem i udzieleniem licencji na oprogramowanie i dokumentację (pkt 2.1. *Protokołu postępowania*, rozdział III pkt 1 SIWZ).

Zamawiający przewidział, obok zamówienia podstawowego – dostawy 12 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych, możliwość skorzystania z prawa opcji, w ramach

którego zastrzegł zakup dodatkowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem kompleksowej usługi serwisowo-utrzymaniowo-naprawczej w ilości 4 sztuk w tym 2 sztuk w przypadku wersji czteroczłonowej i 2 sztuk w wersji pięcioczłonowej (pkt 2.1. *Protokołu postępowania*, rozdział III pkt 1 i 2 SIWZ) – co daje łącznie 16 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia z uwzględnieniem wartości opcji na kwotę 339 178 592,79 zł netto (pkt 2.2. *Protokołu postępowania*) czyli 417 189 669,12 zł brutto (z uwzględnieniem stawki podatku VAT w wysokości 23%).

Wartość zamówienia została ustalona w dniu 31 lipca 2015 r. na podstawie rozpoznania rynku (pkt 2.3. *Protokołu postępowania*).

Jak wynika z odpowiedzi zamawiającego udzielonej odwołującemu pismem z dnia 7 października 2015 r. zamawiający „w lipcu 2015 r., czyli w miesiącu poprzedzającym wszczęcie postępowania, przeprowadził rozpoznanie rynku, zwracając się do czterech firm o podanie wstępnej oferty cenowej na podstawie skróconego opisu przedmiotu zamówienia, zakładającego zakup 16 pojazdów wraz z obsługą serwisową” (...) Zamawiający otrzymał oferty cenowe od trzech firm i dokonał szacowania wartości zamówienia z uwzględnieniem ostatecznych ilości i terminów wykonania zamówienia na podstawie uśrednienia cen jednostkowych uzyskanych z rynku (wraz z opcją). Zamawiający wyjaśnił nadto, że „Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia natomiast wynika z kwot, jakie są zawarte w dokumentach finansowych projektu zakupu nowego taboru kolejowego przez Województwo małopolskie, współfinansowanego ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020 i dotyczy wartości przeznaczonej na wydatki bezpośrednie na zakup pojazdów”.

Postępowania zostało wszczęte w dniu 10 sierpnia 2015 r.

Opracowany przez zamawiającego wzór Formularzu oferty, stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ wymagał wskazania (obok zbiorczych cen za 6 pojazdów w wersji pięcioczłonowej i 10 w wersji czteroczłonowej, a także cen za pięcioletni serwis dla odpowiednio 6 i 10 pojazdów) ceny brutto za 16 pojazdów (elektrycznych zespołów trakcyjnych) łącznie wraz z pięcioletnim serwisem, co oznacza, że w cenie ofertowej wykonawcy zostali zobowiązani do ujęcia cen pojazdów przewidzianych do zakupu w ramach prawa opcji (zamówienie podstawowe i opcja: 12 + 4 sztuki).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. w dniu 5 października 2015 r., zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 319 125 000 brutto. Jak wynika z odpowiedzi zamawiającego udzielonej odwołującemu

pismem z dnia 6 października 2015 r. jest to *„całkowita kwota na wydatki bezpośrednie na zakup pojazdów (wraz z ewentualnym skorzystaniem z prawa opcji), jaka jest w dyspozycji zamawiającego)”*.

W postępowaniu złożono dwie oferty: ofertę odwołującego z ceną 374 018 400 zł brutto i 60 miesięcznym okresem gwarancji oraz ofertę przystępującego z ceną 292 543 200 zł brutto i 120 miesięcznym okresem gwarancji (pkt 9 *Protokołu postępowania, Oferty*).

Cena jednostkowa pojazdu w wersji czteroczlonowej w ofercie przystępującego wynosi 15 375 000 zł brutto oraz w wersji pięcioczlonowej 17 097 000 zł brutto. Jednostkowy serwis wynosi odpowiednio 2 189 400 zł brutto oraz 2 386 200 zł brutto.

W toku postępowania zamawiający modyfikował SIWZ w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 8 października 2015 r. zamawiający wezwał przystępującego, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny (w terminie do dnia 14 października 2015 r.), wskazując że *„zaoferowana cena może wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów”*. Precyzyjność wezwania nie była przez przystępującego kwestionowana.

Przystępujący, pismem z dnia 9 października 2015 r., zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu złożenia wyjaśnień do dnia 16 października 2015 r., na co uzyskał zgodę (pismo zamawiającego z dnia 9 października 2015 r. wydłużające termin do dnia 16 października 2015 r. godz. 16).

Przyjąc zatem należy, że przystępujący dysponował wystarczającym, wedle oceny samego przystępującego, czasem na przygotowanie wyjaśnień i dowodów.

Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z plikiem dokumentów – przy piśmie z dnia 16 października 2015 r. – zastrzegając, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ww. pismo z dnia 16 października 2015 r. jest piętnastostronicowe, przy czym od strony 12 (2/3 strony) przystępujący zawarł argumentację dotyczącą zastrzeżenia.

Na stronach 1-5 (pierwszy akapit) przystępujący ujął argumentację przemawiającą za tym, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia szacunkowa wartość zamówienia na kwotę 339 178 592, 79 zł netto (czyli 417 189 669,13 zł brutto) nie może stanowić miernika oceny rażąco niskiego charakteru ceny ofertowej przystępującego; strony te zawierają także cytaty z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Na stronach 5-8 (2/3 strony) przystępujący opisał przyjętą przez siebie metodę wykonania zamówienia, która – wedle oceny przystępującego – pozwalała na oszczędności i stanowiła szczególnie sprzyjające realizacji zamówienia warunki; na stronie 5 zawarł obszerny fragment jednego z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Nadto twierdzenie o realnym charakterze zaoferowanej ceny poparł argumentacją dotyczącą cen pojazdów trójczłonowych. Wskazał (str. 7) trzy dodatkowe warunki wyjątkowo sprzyjające wykonywaniu zamówienia i skoncentrował się na opisie jednego z nich (warunek pod poz. 3), a także (str. 8) „hasłowo” niemal podał, na co pozwoliła przyznana przystępującemu pomoc publiczna.

Na stronach 8-10 przystępujący odwołał się do szczegółowej kalkulacji cenowej dotyczącej ceny pojazdu (cztero i pięcioczłonowego), podkreślając szczególne znaczenie oszczędności w obszarze zakupów komponentów strategicznych i podając, że koszty ujęte w szczegółowej kalkulacji zostały obliczone na podstawie załączonych dokumentów (które można określić jako dokumenty źródłowe). Odniósł się także do kosztów utrzymania pojazdów, przedstawiając także zestawienie tabelaryczne ujęte ponownie w kalkulacji szczegółowej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, odnosząc się tym samym do argumentacji zawartej na stronach 1-5 wyjaśnień przystępującego, że to ustawodawca przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wprost uczynił wartość zamówienia jako jeden z mierników prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, zaś przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp nałożył na zamawiającego obowiązek ustalenia tej wartości zamówienia pomniejszonej o wartość podatku VAT.

Miarodajność szacunku zamawiającego uzależniona jest od jego staranności (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp in fine) i terminu, w jakim dokonano ustaleń wartości zamówienia (zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp – ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania w przypadku dostawy).

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający ustalił wartość zamówienia w lipcu, tj. miesiącu bezpośrednio poprzedzającym wszczęcie postępowania (co nastąpiło w sierpniu), stąd brak podstaw do odmowy cechy aktualności ustalonej przez zamawiającego wartości z punktu widzenia wymagań ustawowych.

Przystępujący nie kwestionował także kręgu wykonawców, do których – w ramach rozeznania rynku – skierował zapytanie zamawiający. Dostrzeżenia przy tym wymaga szerszy krąg wykonawców (3 oferty), których ceny zostały uwzględnione przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania w stosunku do kręgu podmiotów, które złożyły oferty (2 oferty). Przemawia to za przyjęciem – z perspektywy kręgu podmiotów – że ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia to wartość „w większym stopniu” rynkowa niż wynikająca z cen dwóch złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert.

Nie sposób nadto odmówić zasadności przyjęcia przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem uśrednionych cen jednostkowych z rynku (trzy oferty), o czym była mowa w piśmie do odwołującego z dnia 7 października 2015 r.

Powszechnie w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że ze względu na ujmowanie w cenie ofertowej podatku VAT (cena brutto) dla celów porównawczych ustaloną przez zamawiającego wartość zamówienia, będącą wartością netto należy powiększyć o wartość podatku VAT (wg właściwej stawki).

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że podstawą wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp może być sama tylko relacja badanej ceny ofertowej do wartości zamówienia (bez konieczności sięgania po drugi z mierników, tj. średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), która w przedmiotowym stanie faktycznym wynosiła 29,9%, będąc właściwie tożsamą (przy zaokrągleniu relacja ta wynosi 30%) z relacją (niższa o 30%), która obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. To wedle ustawodawcy taka relacja kwalifikuje cenę ofertową jako taką, która „wydaje się rażąco niska”.

W świetle powyższego brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do „zamiany” wartości zamówienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na „kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, czego chciałby przystępujący. Kwota, jaką zamierza przeznaczyć zamawiający nie musi być (brak takiego nakazu) co najmniej równa ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT.

Nie można także pominąć, że zarówno cena ofertowa przystępującego (i odwołującego), jak i ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia powiększona o wartość podatku VAT (prawidłowość zastosowanej stawki nie była kwestionowana) uwzględniały wartość opcji stąd były porównywalne co do zakresu przedmiotowego.

W tym miejscu skład orzekający Izby wskazuje nadto, że choć przystępujący wymienił w złożonych wyjaśnieniach zmiany postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (str. 3 wyjaśnień), to nie wskazał, jakie skutki w aspekcie ustalonej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia zmianom tym należałoby przypisać.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że wartość zamówienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu wynosiła 417 189 669,12 zł brutto i w relacji do niej winna być oceniana cena ofertowa przystępującego wynosząca 292 543 200 zł.

Skierowanie do przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiego charakteru zaoferowanej przez przystępującego ceny – co było uzasadnione, (o czym była mowa powyżej) – spowodowało, że obowiązek wykazania, że oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczął na przystępującym.

W ocenie składu orzekającego Izby przystępujący obowiązkowi temu nie sprostał.

Z uwagi na zastrzeżenie poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego odniesienie się do nich w niniejszym uzasadnieniu przez skład orzekający Izby musi mieć w znacznej mierze jedynie charakter ogólny.

Odnosząc się do wyjaśnień przystępującego zawartych na stronach 5-8 skład orzekający Izby wskazuje, nie negując że wskazana metoda sprzyja warunkom wykonywania zamówienia, że nie jest to metoda dostępna jedynie przystępującemu. Dostrzeżenia w związku z tym wymaga, że powoływanie się na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dla wykazania realności zaoferowanej ceny ma sens o tyle, o ile warunki te są dostępne wyłącznie temu wykonawcy i z tego względu stanowią uzasadnienia dla różnic cenowych. Metodę przyjętą przez przystępującego ocenić należy za racjonalną i właściwą dla innych profesjonalnych podmiotów w szczególności oferujących elektryczne zespoły trakcyjne.

Ze względu na odwoływanie się przez przystępującego do cen rynkowych pojazdów trójczłonowych podnieść należy, że wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego odnosiła się do będących przedmiotem tego zamówienia pojazdów cztero i pięcioczołowych, co oznacza jej „większą adekwatność” do cen rynkowych. Wartość ta nie jest także obarczona szeregiem założeń i uproszczeń przyjętych przez przystępującego, a związanych z doprowadzeniem do zasadności porównywania cen pojazdów trójczłonowych oferowanych przez przystępującego i odwołującego w innym postępowaniu.

Nadto, w ocenie składu orzekającego Izby, argument zawarty w zdaniu rozpoczynającym się od „*Ponadto wskazujemy*” (str. 8) stanowi osłabienie samego warunku z pozycji 3 uznanego przez przystępującego jako wyjątkowo sprzyjający.

Przystępujący, w odniesieniu do pozyskanej pomocy publicznej, poprzestał na wskazaniu łącznych wielkości (wartości) pomocy i bardzo ogólnym wskazaniu sposobu jej wykorzystania bez przypisania jednak, jakie znaczenia (w ujęciu wartościowym) pomoc ta miała dla zaoferowania ceny poszczególnych typów pojazdów w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sam zresztą przystępujący wskazał, że pomoc ta jedynie pośrednio przyczyniła się do zmniejszenia kosztów.

W odniesieniu do wyjaśnień zawartych na stronach 8-10 skład orzekający Izby wskazuje, że ta część wyjaśnień przystępującego miała zasadnicze znaczenie dla oceny realności zaoferowanej przez przystępującego ceny, ponieważ dotyczyła wprost zaoferowanego przedmiotu zamówienia oraz dotyczyła kluczowych w ujęciu wartościowym – strategicznych jak ujął to sam przystępujący – pozycji kalkulacyjnych.

Przystępujący w kalkulacji szczegółowej w części ujmującej materiały strategiczne wskazał 22 pozycje, którym przypisał konkretne dokumenty źródłowe (w tym faktury, co przyznał przystępujący na rozprawie) – w przypadku 8 pozycji (łącznie ponad 30 stron) były to dokumenty w języku angielskim.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że dokumenty te nie mogą stanowić podstawy oceny realności zaoferowanej przez przystępującego ceny, ponieważ zostały złożone wyłącznie w języku angielskim w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim (art. 9 ust. 2 ustawy Pzp), co winno być rozumiane w ten sposób, że wszelkie składane w toku postępowania dokumenty, jak i prowadzona pomiędzy zamawiającym a wykonawcami korespondencja winny być sporządzone w języku polskim lub winny być jednocześnie przetłumaczone na język polski.

W konsekwencji treść dokumentów w języku angielskim nie może zostać uwzględniona w prowadzonym przez zamawiającego w języku polskim postępowaniu.

W niniejszej sprawie gros dokumentów przystępujący złożył wyłącznie w języku angielskim, stąd konieczność pominięcia tych dokumentów czyni kalkulację przystępującego niekompletną. Fakt, że chodzi o pozycje strategiczne słabość przedstawionej kalkulacji tym bardziej obnaża.

Niestety, co oświadczył w *Odpowiedzi na odwołanie*, zamawiający oparł się przy ocenie ceny ofertowej przystępującego na dokumentach w języku angielskim.

Podkreślić dodatkowo należy, że nawet na rozprawie przystępujący nie złożył tłumaczenia na język polski dokumentów (faktur) w języku angielskim, pozbawiając w ten sposób skład orzekający Izby (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) możliwości weryfikacji treści tych dokumentów i to w sytuacji, gdy – ze względu na zastrzeżenie poufności informacji w nich zawartych – możliwości takiej weryfikacji nie miał także konkurencyjny wykonawca, tj. odwołujący.

Na str. 11-12 przystępujący podsumował swoje wcześniejsze wyjaśnienia. Zawarł także nowe informacje (dwa ostatnie zdania akapitu pierwszego na str. 11) dotyczące warunków realizacji zamówienia. Wskazać jednak ponownie należy, że przystępujący oparł je na błędnym założeniu, że jest to warunek dostępny jedynie przystępującemu (w ocenie składu orzekającego Izby inni wykonawcy mają dostęp do takich warunków albo innych warunków pozwalających na takie same albo zbliżone oszczędności).

Reasumując, złożone przez przystępującego wyjaśnienia były po części natury ogólnej, po części nie pozwalały przyjąć, że warunku sprzyjające realizacji zamówienia są właściwe jedynie przystępującemu, po części nie były powiązane z konkretnymi wartościami pozycji zawartych w kalkulacji szczegółowej. Przede wszystkim jednak wyjaśnienia okazały się być w zbyt dużym zakresie pozbawione oparcia w postaci dowodów (materiały strategiczne), co nie pozwoliło uznać złożonych wyjaśnienia jako kompletnych, odnoszących się do całkowitej ceny oferty przystępującego.

Zauważenia wymaga, że zamawiający zmienił pierwotnie wyznaczony termin złożenia przez przystępującego wyjaśnień, przychylił się przecież do terminu wskazanego przez przystępującego. Można więc przyjąć, że przystępujący dysponował optymalnym, i to wedle własnej oceny, czasem na przygotowanie wyjaśnień i załączenie doń uznanych przez siebie za kluczowe dowodów. Pomimo to przystępujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty przystępującego, czego zaniechał, naruszając przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia (wartość pozycji kalkulacji szczegółowej) nie były niejasne, ale nie znalazły potwierdzenia w złożonych dokumentach. Dokumenty te nie podlegały jednocześnie uzupełnieniu, ponieważ nie stanowiły żadnego z dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponieważ zarzut się potwierdził, skład orzekający Izby nakazał unieważnić czynność wyboru oferty przystępującego i nakazał ją wyeliminować w toku ponowionego badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....