

**WYROK**

**z dnia 26 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Marzena Teresa Ordysińska**  
**Anna Packo**  
**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant:** **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2013 r. przez wykonawcę **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Beasain, ul. Padilla 17, 28006 Madryt** w postępowaniu prowadzonym przez **”PKP Intercity” Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Stadler Polska Sp. z o.o., NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Beasain, ul. Padilla 17, 28006 Madryt** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Beasain, ul. Padilla 17, 28006 Madryt** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Beasain, ul. Padilla 17, 28006 Madryt** na rzecz **”PKP Intercity” Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

I. PKP Intercity S.A. w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 6 września 2013 r. Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Beasain, Madryt, Hiszpania (dalej: Odwołujący, CAF) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 85 ust. 2 Prawa zamówień publicznych polegające na bezzasadnym wykluczeniu CAF z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą z uwagi na rzekome nieprzedłużenie terminu związania ofertą oraz nieprzedłużenie terminu ważności wadium w sytuacji, gdy CAF nie był przez Zamawiającego wzywany ani do przedłużenia terminu związania ofertą, ani też do wniesienia wadium na przedłużony termin związania ofertą, zaś w dniu, w którym Zamawiający podejmował decyzję o wykluczeniu z Postępowania CAF pozostawał związany swoją ofertą, która była zabezpieczona prawidłowo wniesionym wadium;
2. art. 184 Prawa zamówień publicznych polegające na zaniechaniu wezwania CAF do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy;
3. art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło do odrzucenia oferty CAF, uniemożliwiając mu uzyskanie zamówienia, które był w stanie zrealizować, z uwagi na rzekomo rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy zawarta w ofercie cena nie odbiega od rynkowych, jest porównywalna z innymi ofertami w Postępowaniu, a tym samym nie jest rażąco niska;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stadler pomimo że zaoferowany przez tego wykonawcę elektryczny zespół

- trakcyjny FLIRT3 nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
5. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe przyznanie ofercie Stadler maximum punktów za kryterium udział płaskiej podłogi na długości użytecznej pojazdu;
  6. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty Stadler jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu, mimo że najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu ofertę złożył CAF.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Stadler jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności wykluczenia CAF z Postępowania i unieważnienie uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez CAF,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
5. wybór oferty CAF jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Stadler Polska Sp. z o.o., NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania, i jego oferta byłaby sklasyfikowana w rankingu ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby potencjalną szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania sygn. KIO 2165/13 i KIO 2168/13.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Odwołujący po pierwsze wskazywał, że nie powinien być wykluczony z postępowania. Izba w tym zakresie ustaliła, że nie było sporne, że oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium w okresie od 18 lipca do 5 sierpnia br. (ponadto CAF nie był związany ofertą od dnia 24 lipca do dnia 5 sierpnia 2013 r.). Odwołujący twierdził jednak, że przerwa w zabezpieczeniu wadium nie ma znaczenia dla losów jego oferty, co więcej, winę za przerwę w zabezpieczeniu wadium przypisywał Zamawiającemu, który – co również nie było sporne – zaniechał wezwania wykonawców w trybie art. 184 Prawa zamówień publicznych do przedłużenia ważności wadium. Pozostali wykonawcy, biorący udział w postępowaniu z własnej inicjatywy przedłużyli termin ważności wadium i termin związania ofertą. Zdaniem Zamawiającego, przerwa w zabezpieczeniu wadium oferty Odwołującego zobowiązywała do wykluczenia go z postępowania.

Termin składania ofert w postępowaniu upływał w dniu 3 kwietnia 2013 r. Zgodnie z SIWZ od tego momentu rozpoczął swój bieg 90-dniowy termin związania ofertą, który upływał w dniu 23 lipca 2013 r. (uległ zawieszeniu w związku z wniesieniem środków ochrony prawnej; Odwołujący nie twierdził, że nie był prawidłowo zawiadamiany o fakcie wnoszenia odwołań w postępowaniu). CAF wraz z ofertą złożył wadium w formie gwarancji bankowej, której ważność upłynęła w dniu 17 lipca 2013 r. Następnie w dniu 6 sierpnia br. złożył kolejną gwarancję wadium oraz oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, datowane 12 sierpnia 2013 r.

W takich okolicznościach Izba przyznała rację Zamawiającemu – wykluczenie Odwołującego z postąpienia było prawidłowe. Faktycznie Zamawiający nie wezwał do przedłużenia ważności wadium i terminu związania ofertą – ale nie było sporne, że co najmniej do 23 lipca 2013 r. termin związania ofertą uległ przedłużeniu (zawieszeniu) na skutek środków ochrony prawnej. W sytuacji zawiadomienia o zawieszeniu terminu związania ofertą wykonawcy biorący udział w postępowaniu dochowujący należytej staranności przedłużają termin związania ofertą i zabezpieczenie wadium z własnej inicjatywy. Odwołujący dopiero w dniu 6 sierpnia 2013 r. podjął czynności w tym kierunku – sam musiał mieć świadomość, że dopuścił do przerwania zabezpieczenia oferty wadium (i negatywnych konsekwencji powyższego musiał być świadom), skoro w dniu 6 sierpnia 2013 r. złożył oświadczenia z dnia 12 lipca 2013 r. W ocenie Izby tego rodzaju czynności nie można dokonać z data wsteczną: gdyby Zamawiający podejmował decyzję o wyborze oferty w dniu 5 sierpnia 2013 r. nie miałby żadnych podstaw do uznania, że oferta Odwołującego jest zabezpieczona wadium. Mimo że Prawo zamówień publicznych kolejnymi

nowelizacjami nieco rozluźniło nieprzerwalność zabezpieczenia oferty wadium (art. 46 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), to jednak wyjątków w tym zakresie nie można traktować rozszerzająco: Zamawiający miał słuszość, że przerwa w zabezpieczeniu oferty wadium w takiej sytuacji, w jakiej doszło w niniejszym postępowaniu, musi zdyskwalifikować ofertę Odwołującego. Zatem wykluczenie Odwołującego z postępowania było prawidłowym następstwem przerwy w zabezpieczeniu jego oferty wadium.

Odwołujący również twierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia w tej kwestii są lakoniczne i niewyczerpujące, a to zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej – jest przyczyną odrzucenia oferty ze względu na rząco niską cenę. Izba uznała, że sama prawidłowość wezwania została potwierdzona wcześniejszym orzeczeniem KIO. Zamawiający wzywając do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zadał 5 pytań o ceny brutto przeglądów okresowych. Odwołujący zamieścił bardzo szczegółową, kilkunastostronicową tabelę w odpowiedzi na pytanie nr 5, natomiast odpowiedzi na pytania 1-4 – zamieścił tabelę, zawierającą cztery wersy. Ponadto do żadnej z tabel nie wskazano źródeł cen podanych w tabelach – przyjmuje się, że samo rozbitcie cen na części składowe nie można uznać za wyjaśnienia w stopniu wystarczającym. Zatem można przyjąć, że Zamawiający uprawniony był od odrzucenia oferty za względu na rażąco niską cenę, chociaż ustalenia Izby w tym zakresie nie mają wpływu na wynik postępowania, ze względu na uznanie wykluczenia Odwołującego za prawidłowe i skuteczne.

Odwołujący w odwołaniu twierdził, że Zamawiający w treści zawiadomienia o wyniku postępowania wskazał, że oferta wykonawcy CAF podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a jednocześnie jednak zaznacza, że: „niewystarczające uzasadnienie wysokości ceny wpisuje się również w treść hipotezy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp”. Wobec tak sformułowanej przez Zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty Odwołujący zgłaszał wątpliwość, czy „Zamawiający jako przyczynę odrzucenia przyjął art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych”. W ocenie Izby bez znaczenia dla skuteczności odrzucenia jest powołanie się na jedną z przywołanych podstaw prawnych, czy na obie – skoro pozostają one ze sobą w związku. Zdaniem składu orzekającego sposób określenia przez Zamawiającego podstaw prawnych odrzucenia oferty nie pozostawiał Odwołującemu żadnego pola do dywagacji, na jakiej podstawie jego oferta została odrzucona.

W stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą, Odwołujący sformułował następujące zarzuty: „Zgodnie z rozdz. XIV ust. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający w kryterium „udział płaskiej podłogi na długości użytecznej pojazdu (PP)” przewidział możliwość zdobycia maksymalnie 15 punktów, jeśli zaoferowany pojazd będzie posiadał „całkowicie płaską podłogę w części dla pasażerów”. Jak wynika z

informacji opublikowanych na stronie internetowej Stadler w dniu 29 sierpnia 2013 r., wykonawca ten potwierdził, że w Postępowaniu zaoferowany został pojazd FLIRT3. Jak zaś wynika z powszechnie dostępnych informacji oraz znanych Odwołującemu specyfikacji technicznych tego pojazdu, nie można go uznać za pojazd o całkowicie płaskiej podłodze w części dostępnej dla pasażerów. Tym samym Zamawiający nie był uprawniony do przyznania ofercie Stadler maksymalnej liczby punktów we wskazanym kryterium. Co więcej, jak wynika z posiadanych przez Odwołującego informacji pojazd typu FLIRT3 nie spełnia bezwzględnych wymagań SIWZ w zakresie liczby toalet w pojeździe oraz współczynnika przyczepności trakcji. Tym samym oferta Stadler powinna być zostać odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na jej niezgodność z SIWZ.”.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił żadnego z zarzutów podnoszonych wobec oferty Przystępującego. Powoływał się na informacje zawarte na stronach internetowych, podnosił na rozprawie, że „oświadczenia przystępującego, że dostosuje podłogę ocenia jako niewiarygodne, ponieważ nigdy jej w dotychczasowych zamówieniach nie modyfikował i byłby to pierwszy raz”. Nie było jednak sporu, że Przystępujący oferuje pojazd typu Flirt, każdorazowo dostosowywany do potrzeb aktualnego inwestora. W ofercie Przystępującego (w jej części tajnej) Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty zgodnie z postulatami Odwołującego. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów wskazywanych w odwołaniu i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....

.....

.....