

Sygn. akt: KIO 1745/17
KIO 1746/17

WYROK
z dnia 27 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Anna Packo

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 4 września 2017, 24 i 31 stycznia 2018 roku oraz 2, 7, 9, 14 i 16 lutego 2018 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 21 sierpnia 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Środzie Wielkopolskiej (sygn. akt KIO 1745/17),
- B. w dniu 21 sierpnia 2017 roku przez wykonawcę Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn. akt KIO 1746/17),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A)** wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1745/17 po stronie Odwołującego,
- B)** wykonawcy Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1745/17 po stronie Zamawiającego,
- C)** wykonawcy Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie, Republika Czeska zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1745/17 po stronie Zamawiającego,
- D)** wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1746/17 po stronie Odwołującego,
- E)** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Środzie Wielkopolskiej zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1746/17 po stronie Odwołującego,
- F)** wykonawcy Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie, Republika Czeska zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1746/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze wywołane odwołaniem Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn. akt KIO 1746/17), w zakresie podniesionych zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 96 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnośnie dokumentu złożonego przez wykonawcę Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie, Republika Czeska potwierdzającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

2.

- A)** Uwzględnić odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Środzie Wielkopolskiej (sygn. akt KIO 1745/17).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych tj. oferty wykonawcy Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie, Republika Czeska.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych oferty wykonawcy Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie, Republika Czeska.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

- B)** Uwzględnić odwołanie wykonawcy Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn. akt KIO 1746/17).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych tj. oferty wykonawcy Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie, Republika Czeska.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych oferty wykonawcy Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie, Republika Czeska.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Środzie Wielkopolskiej (sygn. akt KIO 1745/17) oraz wykonawcę Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn. akt KIO 1746/17) tytułem wpisów od odwołań,

3.2 zasądza od Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę **37 200 gr 00** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A) kwotę **18 600 gr 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą

Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Środzie Wielkopolskiej (sygn. akt KIO 1745/17) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

- B) kwotę **18 600 gr 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn. akt KIO 1746/17) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. . Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1745/17
KIO 1746/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2017 roku pod numerem 2017/S 027-048251.

A. Sygn. akt KIO 1745/17

Odwołującym, działając na podstawie art. 180 ust.1 i art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w postaci bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego, wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska (dalej: „Skoda”), zaniechania wykluczenia z Postępowania wykonawcy Skoda oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (dalej: „Hyundai”) oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, jak również unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- A. W odniesieniu do Odwołującego i jego oferty -
- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść tej oferty odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty.

B. W odniesieniu do wykonawcy Hyundai i jego oferty -

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania, pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał posiadania odpowiedniego doświadczenia w zakresie wykonania dostaw co najmniej 15 fabrycznie nowych tramwajów o parametrach opisanych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ;
- 2) naruszenie art. 22a ust. 1-4 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy, a także art. 25 ust. 2 ustawy w zw. z § 9 ust. 1 oraz § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz.U.2016.1, dalej: „Rozporządzenie”), przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania, pomimo że wykonawca nie udowodnił, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego Hyundai Eurotem Demiryolu Araclari Sanaive Ticaret Anonim Sirketi (dalej: „Eurotem”) w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz nie udowodnił, że stosunek łączący tego wykonawcę z Eurotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, a przez to nie wykazał przy pomocy tych zasobów spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a ponadto nie przedłożył zobowiązania podmiotu trzeciego w oryginale;
- 3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Hyundai, pomimo iż wobec tego wykonawcy został wydany zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;
- 4) naruszenie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez niezasadne uznanie za wykazane przez Hyundai, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w ramach procedury samooczyszczenia, mimo iż wykonawca nie udowodnił, że podjął środki odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania, pomimo że wykonawca w sposób zawiniony, poważnie naruszył obowiązki zawodowe;
- 5) naruszenie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 80 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (dalej: „Dyrektywa sektorowa”) w zw. z art. 57 ust.

4 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w zw. z art. 18 ust. 2 tej dyrektywy, przez niezasadne uznanie za wykazane przez Hyundai, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w ramach procedury samooczyszczenia, mimo iż wykonawca nie udowodnił, że podjął środki odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania na ww. podstawie.

C. W odniesieniu do wykonawcy Skoda i jego oferty naruszenie -

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Skoda pomimo podania w ofercie niezgodnego z rzeczywistością, stanem techniki oraz treścią SIWZ, punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, zaniżonego parametru zużycia energii elektrycznej przez oferowane tramwaje oraz również zaniżonych danych na temat pracochłonności wymaganych czynności obsługowych w trakcie ich eksploatacji;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Skoda z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu - w zakresie informacji na temat zużycia energii elektrycznej przez oferowane tramwaje oraz pracochłonności czynności obsługowych w trakcie ich eksploatacji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty Skoda pomimo, że jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe - w związku z okolicznościami faktycznymi powołanymi w pkt 1 powyżej;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Skoda pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji - w związku okolicznościami faktycznymi powołanymi w pkt 1 powyżej;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, tj. złożonej przez osobę nieuprawnioną, a ściślej z przekroczeniem umocowania wynikającego z załączonego do oferty pełnomocnictwa;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z pkt 14 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy pomimo braku wykazania braku podstaw wykluczenia w zakresie niekaralności jednego z członków rady nadzorczej.

D. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 2-3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności z uwagi na poprawianie treści ofert Hyundai oraz Skoda w znacznym rozmiarze i zakresie przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego z nieuzasadnionych powodów,
- a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez nieuzasadnione unieważnienie postępowania, mimo że cena oferty Odwołującego, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, jest najniższa i nie przewyższa kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienie czynności wyboru oferty Skoda,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji wykluczenia z Postępowania wykonawców Skoda oraz Hyundai oraz odrzucenia ofert tych wykonawców, oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

Wniósł również o przeprowadzenie dowodów z opinii biegłych w zakresie i na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, wynikającego z błędnego rozstrzygnięcia postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia Odwołującego jest jednoznaczny z uwagi na fakt, że (1) gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił oferty Skoda oraz Hyundai oraz bezzasadnie nie odrzucił oferty Odwołującego, to właśnie oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, co jest okolicznością bezsporną z uwagi na podany w pkt IV pisma Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2017 r. (w aktach) hipotetyczny ranking ofert; (2) Cena oferty Odwołującego jest najniższą z cen zaoferowanych w tym postępowaniu oraz nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wobec czego w stosunku do oferty Odwołującego nie zachodziłaby przesłanka

unieważnienia postępowania z art 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Reasumując, gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to właśnie Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, oferując tramwaje o doskonałych parametrach technicznych przy najniższej cenie spośród ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący doznaje szkody w postaci: utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Na wstępie Odwołujący wskazał, że część uzasadnienia zarzutów odwołania zawiera informację stanowiącą **tajemnicę przedsiębiorstwa** Odwołującego. Zarzut związany z odrzuceniem oferty Odwołującego dotyczy części oferty Odwołującego skutecznie zastrzeżonej przez niego w toku postępowania jako tajemnica przedsiębiorstwa, którym to zastrzeżeniem (niekwestionowanym w postępowaniu) objęta jest także korespondencja prowadzona między Zamawiającym a Odwołującym w sprawie wyjaśnienia tej części oferty Odwołującego. Szczegółowe uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w ofercie Odwołującego (w aktach). Odwołujący wnosi o nieudostępnienie w jakiegokolwiek formie, w tym pisemnie lub ustnie, informacji niejawnych zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa - zgodnie z § 8 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostało złożonych pięć ofert. Zamawiający odrzucił m.in. ofertę Odwołującego (która w sytuacji braku odrzucenia uplasowałaby się na trzeciej pozycji w ramach kryteriów oceny ofert) oraz dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Skoda. Na drugim miejscu w rankingu ofert znajduje się oferta wykonawcy Hyundai.

Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 2 323 057 581,00 zł brutto (dowód: protokół z otwarcia ofert - w aktach).

Cena zaoferowana przez wykonawcę Skoda przewyższa ww. kwotę, wskutek czego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

A. Zarzuty wobec odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Zamawiającego jako niezgodną z treścią SIWZ, wskazując w piśmie z dnia 11 sierpnia 2017 r. (w aktach), że

„Wykonawca w dokumencie „Dane o pracochłonności i cyklu planowo-zapobiegawczych obsług technicznych do przebiegu 1 min km” nie uwzględnił konieczności wykonywania obsługi OM1.”

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego w tej sprawie przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie zostały spełnione.

W pkt 2 Części VII Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia” Rozdział II SIWZ („SOPZ”) Zamawiający nakazał wykonawcom, aby liczba i pracochłonność czynności obsługowych była ograniczona do minimum (pkt 2 Części VII SOPZ), przez zastosowanie m. in. podzespołów o wydłużonym okresie pomiędzy obsługami technicznymi (pkt 2.1. Części VII SOPZ). Zamawiający obsługi techniczne małe (OM1 i OM2) określił jako „związane ze sprawdzeniem odbieraka prądu i wykonaniem innych czynności kontrolno-obługowych o niskiej pracochłonności, których pracochłonności powinny być ograniczone do niezbędnego minimum” (pkt 3 Części VII SOPZ).

Jednocześnie Zamawiający nie określił w SIWZ szczegółowego katalogu czynności składających się na poszczególne rodzaje obsług technicznych, za to jednoznacznie wskazał w powyższych zapisach, że liczba tych czynności i ich pracochłonność miały być dobrane przez wykonawcę, i to w taki sposób, aby ograniczyć je do niezbędnego minimum. Wprawdzie w odpowiedziach na pytania do SIWZ Zamawiający wskazał przykładowy zakres obsługi małej OM1 - por. odpowiedź na pytanie 177 w piśmie Zamawiającego z dnia 24 marca 2017 r. - „Wyjaśnienia i zmiany SIWZ nr 2”. Jednakże zakres ww. czynności został podany - jak to *expressis verbis* wskazał Zamawiający - jedynie „przykładowo” i nie stanowi wiążącego ich katalogu.

Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego zawartych w odpowiedzi z dnia 22 czerwca 2017 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2017 r. (treść tych wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, dokumenty w aktach),

w tym miejscu w odwołaniu zawarty został fragment objęty tajemnicą przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, że na konieczność spełnienia zaleceń producenta odbieraka powołał się zresztą sam Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego ("Doświadczenie Zamawiającego w eksploatacji floty (...) potwierdza zasadność wykonywania przeglądów odbieraków prądu zalecanych przez producentów."). Wobec powyższego zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ jest bezzasadny.

Nawet jeżeli hipotetycznie przyjąć, że do oferty Odwołującego wkradła się omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, to należałoby uznać, że ma ona nieistotny charakter (biorąc w szczególności pod uwagę jej znikomość w stosunku do kilkumiliardowej wartości

przedmiotowego zamówienia) i jest ona skutkiem nieprecyzyjnych postanowień SIWZ oraz ich wyjaśnień przez Zamawiającego, czego negatywnych konsekwencji nie powinien ponosić wykonawca. Jak wynika bowiem z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności w zakresie wymogów Zamawiającego zawartych w SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy.

Co więcej, Zamawiający dokonał poprawienia omyłek o dużo większym rozmiarze i zakresie w ofertach innych wykonawców, uznając możliwość ich poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym samym, nawet jeżeli przyjąć, że doszło do omyłki w ofercie Odwołującego, to przyłożenie innej miary do tej omyłki i jej niepoprawienie w ww. trybie narusza art. 7 ust. 1 ustawy (por. zarzut w pkt D odwołania poniżej).

Jeżeli zaś odpowiedź Odwołującego z dnia 22 czerwca 2017 r. na ww. wezwanie wzbudziła jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający mógł wezwać Odwołującego do wyjaśnień kwestii, która wzbudziła jego wątpliwości, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Wobec powyższego odrzucenie oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ jest całkowicie bezzasadne.

B. Zarzuty wobec oferty Hyundai

1. W zakresie niewykazania odpowiedniego doświadczenia oraz niewykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego

W postępowaniu Zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą odpowiednią zdolność techniczną lub zawodową, tj.

Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali dostawy co najmniej 15 fabrycznie nowych tramwajów z napędem energoelektronicznym i niską podłogą, tj. podłogą, która na całej długości jest całkowicie płaska lub zmienia łagodnie i bezstopniowo swoją wysokość, a ponadto spełnia warunek nieprzekraczania wysokości liczonej od poziomu główki szyny, określonej dla stref drzwiowych na 350 mm, dla stref nad wózkami na 500 mm i dla stref pozostałych na 380 mm, które to tramwaje zostały dopuszczone do eksploatacji z pasażerami, przy czym dostawy co najmniej 15 ww. tramwajów zostały wykonane w ramach nie więcej niż dwóch umów (zamówień)

- rozdział I SIWZ pkt 5.1.2.2 zmodyfikowany zmianą ogłoszenia z dnia 20 marca 2017 r. (w aktach).

Jednocześnie Zamawiający wskazał na możliwość powoływania się na zasoby innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy zachowaniu odpowiednich zasad, w tym przede wszystkim obowiązków dowodowych co do rzeczywistego dysponowania niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich, co miało być przedmiotem oceny Zamawiającego (rozdz. I SIWZ pkt. S.4-5.5, pkt 7.1.2, pkt 7.3.2.8).

Wykonawca Hyundai w Sekcji C 1.b) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia wskazał dwa projekty tureckie, w tym jeden realizowany przed podmiot trzeci Eurotem (str. 28-29 oferty). Dołączono także dokument o nazwie *„pismne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”* datowany na 15 maja 2017 r. (str. 227 oferty).

Wykonawca Hyundai wskazał, że zamierza zlecić 4-6 % części zamówienia (wózki) podwykonawcy Eurotem (sekcja C pkt 10 JEDZ, pkt 18 formularza oferty).

W tych okolicznościach Zamawiający w dniu 09 czerwca 2017 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, wezwał wykonawcę Hyundai do wyjaśnień i uzupełnień, wskazując, m.in. na wątpliwość, czy firma Eurotem wskazana jako podwykonawca w ofercie to ta sama firma co podmiot trzeci (pkt I wezwania) oraz na niejasności wynikające z treści opisu projektów wskazanych w JEDZ na spełnienie warunku doświadczenia, w tym co do stron umów, ich zakresu przedmiotowego oraz udziału wykonawcy Hyundai oraz Eurotem w ich realizacji (pkt II wezwania). W zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego Eurotem Zamawiający skonkludował, że jego treść jest zbyt ogólna i niekonkretna oraz niewystarczająca do uznania, że wykonawca Hyundai przy realizacji zamówienia będzie faktycznie dysponował tymi zasobami (pkt III wezwania). Ponadto wykonawca Hyundai nie przedstawił dokumentów potwierdzających umocowanie Pana J. H. R. do podpisania JEDZ oraz zobowiązania w imieniu podmiotu trzeciego Eurotem (pkt VI wezwania). Dowód: pismo Zamawiającego z 09.06.2017 r. (w aktach)

W odpowiedzi Hyundai przedłożył obszerne pismo wraz wyjaśnieniami oraz licznymi dokumentami uzupełniającymi ofertę tego wykonawcy, m.in. pismem zatytułowanym umowa o współpracy z 18.05.2017 r. pomiędzy Hyundai a Eurotem (dalej: „Umowa współpracy”), uzupełnione JEDZ dla Hyundai oraz Eurotem oraz dokumenty wskazujące zasady reprezentacji Eurotem i pełnomocnictwo dla Pana J. H. R..

Dowód: pismo Hyundai z 23 czerwca 2017 r. „Złożenie wyjaśnień” (w aktach)

Argumentacja prawna Odwołującego:

Treść oferty Hyundai oraz uzupełnionych następnie dokumentów dowodzi, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wynika to w szczególności z dwóch wyjściowych okoliczności, co do których wątpliwości miał również Zamawiający, tj.:

- żaden z dwóch projektów skazanych w JEDZ Hyundai nie odpowiada warunkowi z rozdziału I SIWZ pkt 5.1.2.2; oraz
- dokumenty przedstawione przez Hyundai nie dowodzą, że realizując zamówienie, wykonawca będzie miał rzeczywisty faktyczny dostęp do odpowiednich zasobów podmiotu trzeciego w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia.

(Ad. 1.) - Warunek doświadczenia w dostawach tramwajów.

Umowa na dostawę tramwajów **Izmir, Turcja** (drugi projekt w wykazie doświadczenia JEDZ, str. 28 oferty Hyundai) nie spełnia warunku doświadczenia z uwagi na to, że:

- a) podmiotem realizującym projekt jest firma Gulermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhut A.S. (niewystępujący w postępowaniu), natomiast Hyundai jest jedynie poddostawcą niektórych komponentów i usługodawcą w 35 % (por. wyjaśnienia Hyundai z 23 czerwca 2017 r. - w aktach). Nie może być więc tu mowy o wykonaniu przez Hyundai dostaw tramwajów. Zamawiający tymczasem wymaga kompleksowego doświadczenia w realizacji tego typu umów, co jest uzasadnione specyfiką postępowania obejmującego obszerny zakres obowiązków,
- b) jak wynika z JEDZ w ramach tej umowy wykonano jedynie 8 pojazdów, podczas gdy wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest doświadczenie w dostawie co najmniej 15 tramwajów,
- c) z wyjaśnień Hyundai oraz JEDZ wyraźnie wynika, że dostawy wynikające z tej umowy są w trakcie realizacji, podczas gdy warunek udziału jednoznacznie obejmuje jedynie wykonane dostawy. Ponadto, w tym kontekście w ocenie Odwołującego nasuwa się uzasadniona wątpliwość czy wszystkie pojazdy, na które powołuje się wykonawca Hyundai zostały dopuszczone do eksploatacji z pasażerami (na dzień 21 kwietnia 2017 r. wskazany w JEDZ jako data realizacji), co stanowiło bezwzględny element warunku udziału w postępowaniu.

Umowa na dostawę tramwajów **Antalya, Turcja** (pierwszy projekt w wykazie doświadczenia JEDZ, str. 28 oferty Hyundai) nie spełnia warunku doświadczenia z uwagi na to, że:

- a) podmiotem realizującym projekt jest firma Eurotem, natomiast Hyundai jest jedynie poddostawcą komponentów i usługodawcą w 30 % (por. wyjaśnienia Hyundai z 23

czerwca 2017 r. - w aktach). Nie może być więc tu mowy o wykonaniu przez Hyundai dostaw tramwajów. Jednocześnie wykonawca Hyundai nie udowodnił skutecznie w postępowaniu, że będzie miał rzeczywisty, realny dostęp do zasobów Eurotem w sposób gwarantujący należyte wykonanie tak skomplikowanego i kompleksowego zamówienia jak to objęte postępowaniem (uzasadnienie w tym zakresie zawarte jest w punkcie Ad. 2 poniżej),

- b) z wyjaśnień Hyundai oraz JEDZ wyraźnie wynika, że dostawy wynikające z tej umowy są w trakcie realizacji, podczas gdy warunek udziału jednoznacznie obejmuje jedynie wykonane dostawy. Ponadto, w tym kontekście nasuwa się uzasadniona wątpliwość czy wszystkie pojazdy, na które powołuje się wykonawca Hyundai (17 pojazdów z 18 objętych umową) zostały dopuszczone do eksploatacji z pasażerami (na dzień 03 maja 2017 r. wskazany w JEDZ jako data realizacji), co stanowiło bezwzględny element warunku udziału w postępowaniu.

(Ad: 2) - Udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego Eurotem.

Z art. 22a ustawy, jak i art. 79 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, a także z § 9 Rozporządzenia oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wynika, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy musi mieć charakter realny, ponieważ jedynie w taki sposób można dopuścić do udziału w postępowaniu podmiot (wykonawcę), który samodzielnie nie legitymuje się odpowiednim doświadczeniem. Im większy, bardziej skomplikowany przedmiot zamówienia publicznego, tym większe znaczenie zasady realności udostępnienia zasobów i jej funkcjonalnej wykładni dla należytego wykonania zamówienia, a także dla należytego wydatkowania środków publicznych oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Umowa będąca przedmiotem postępowania obejmuje dostawę łącznie 213 sztuk nowoczesnych tramwajów dla m.st. Warszawy oraz usługi i jest zawierana na ponad 20 lat.

Badanie zdolności technicznych i zawodowych, o których mowa w art. 22d ust. 1 ustawy, ma swój ustawowy cel - weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia (art. 22 ust. 1a ustawy). Nie ulega wątpliwości, że instytucja z art. 22a ustawy nie służy „papierowemu” wykazywaniu spełnienia warunków przy pomocy podmiotów trzecich jedynie w celu uzyskania zamówienia, lecz jest silnie związana z realnym dysponowaniem zasobami podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia. Wymowa europejskich i polskich przepisów w tym zakresie jest zatem jednoznaczna - należy dopuścić posiłkowanie się zasobami podmiotów trzecich, jeśli ma ono charakter realny, dający podstawy do uznania, że jakkolwiek wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne samodzielnie nie spełnia danego warunku udziału w postępowaniu, to na podstawie

złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał. Powyższe potwierdza również wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (C-234/14 z 14 stycznia 2016r.), w którym orzekł, że „*przedstawienie zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia oferentowi zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia tylko wyjątkowo stanowi akceptowalny dowód, że oferent rzeczywiście dysponuje tymi zasobami*”. Art. 22a ustawy implementuje do polskiego porządku prawnego dyrektywę sektorową, i dlatego powinien być interpretowany zgodnie z tą dyrektywą oraz relewantną interpretacją Trybunału.

W okolicznościach sprawy bezsporne jest, że zobowiązanie Eurotem dołączone do oferty było nieprecyzyjne i nie udowadnia realnego udostępnienia doświadczenia tego podmiotu (wezwanie Zamawiającego z 9 czerwca 2017 r. oraz przyznanie Hyundai w pkt III wyjaśnień w aktach). Jednakże także Umowa współpracy przedłożona dopiero w ramach uzupełnienia dokumentów nie może być uznana za wiarygodny dowód na rzeczywiste, faktyczne udostępnienie doświadczenia Eurotem, m.in. z następujących przyczyn:

- a) umowa współpracy stanowi jedynie pozór realnego zobowiązania w stopniu niezbędnym do należytego wykonania kompleksowego zamówienia objętego postępowaniem. Kluczowe znaczenie ma treść tego porozumienia, a nie nazwa dokumentu czy objętość. Nie chodzi tu przy tym o udostępnienie jakichkolwiek zasobów czy w jakiegokolwiek formie, należało bowiem ocenić czy zobowiązanie Eurotem jest adekwatne do przedmiotu zamówienia, które ma być zrealizowane.

Tymczasem:

- b) Eurotem będzie podwykonawcą Hyundai jedynie w zakresie 4-6% wartości zamówienia, jako dostawca jedynie jednego z komponentów tramwaju - wózka (pkt 2.2 Umowy współpracy, JEDZ). W literaturze przedmiotu wskazuje się, że podwykonawstwo jest formą współpracy zasadniczo wykazującą odpowiednie zaangażowanie podmiotu trzeciego, co ma kluczowe znaczenie także w postępowaniu, którego przedmiot nie obejmuje zwykłej odsprzedaży, lecz kompleksowe projektowanie i produkcję zaawansowanych technologicznie pojazdów szynowych. Zaangażowanie Eurotem jedynie marginalnie w formie podwykonawstwa dowodzi braku wykazania udostępnienia doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia, a jedynie na potrzeby postępowania przetargowego (por. A. Sołtysińska, Komentarz do art. 79 Dyrektywy 2014/25/UE (w:) Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. III, Lex „*nie jest możliwe uzyskanie przez wykonawcę doświadczenia innego podmiotu inaczej niż na podstawie umowy podwykonawstwa*”).

- c) inne formy współpracy obejmują tzw. konsultacje i doradztwo, a więc znaną praktyce nieskonkretyzowaną kategorię, niemożliwą do weryfikacji na etapie realizacji umowy. W szczególności, nie wiadomo ilu, jakich specjalistów i w jaki konkretnie sposób będzie konsultowało z wykonawcą realizację zamówienia, jakie zasoby techniczne i w jaki sposób zostaną przekazane Hyundai (jedyne wskazany obiekt, w dodatku przykładowy, to dział montażu Eurotem),
- d) wyznacznikiem tego czy dany stosunek tworzy realne zobowiązanie może być w szczególności odpowiedzialność podmiotu trzeciego. Tymczasem zgodnie z Umową współpracy to Hyundai ponosi odpowiedzialność za projekt, tymczasem ewentualnie odpowiedzialność Eurotem wobec wykonawcy będzie ograniczona jedynie do kwoty wynagrodzenia tego podmiotu, które to wynagrodzenie nie zostało nawet określone (pkt 2.5- 2.7 Umowy współpracy). W sensie prawnym jest to równoznaczne z brakiem lub marginalną odpowiedzialnością Eurotem za nienależyte działanie, względnie z całkowitą uznaniowością stron tej Umowy współpracy w niniejszym zakresie,
- e) również Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia Umowy współpracy wskazał, że jej treść jest na tyle ogólna i generalna, że nie spełnia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podniósł, że nie ma w niej szczegółowo opisanych zakresów prac wykonywanych przez strony, strategii realizacyjnej, wynagrodzenia, czy szczegółowych kwestii dotyczących odpowiedzialności - „*powyższe kwestie są jedynie zasygnalizowane, tj. zapisane na tak wysokim poziomie ogólności (...)*”. Wykonawca Hyundai nie kwestionował oceny Zamawiającego w tym zakresie, co stanowi dodatkową okoliczność na potwierdzenie ogólnikowego charakteru zobowiązania Eurotem wobec Hyundai, nie gwarantującego realnego wykorzystania zasobów.
- Dowód: pismo Zamawiającego z 25 lipca 2017 r. (w aktach),
- f) wykonawca nie wykazał skuteczności Umowy współpracy, ponieważ nie przedstawił dokumentów zawierających umocowanie osób je podpisujących. Zgodnie z załączoną do wyjaśnień Hyundai uchwałą zarządu spółki Eurotem z dnia 3 kwietnia 2017 r. Pan J. H. R. został umocowany do podpisania dokumentów dotyczących przetargu. Umowa współpracy wykracza poza ten zakres, natomiast w Eurotem obowiązuje zasadniczo dwuosobowa reprezentacja członków zarządu (zgodnie z art. 9 statutu Spółki dołączonego do wyjaśnień Eurotem - w aktach). Ponadto, Umowa współpracy nie została złożona w oryginale, a w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem co narusza art. 25 ust 2 ustawy w zw. z par. 14 ust 1 Rozporządzenia oraz pkt 11.12 SIWZ. Niedochowanie prawidłowej formy dokumentów uniemożliwia ich weryfikację pod kątem

formalnoprawnym oraz pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przez co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, w szczególności na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Reasumując powyższe Odwołujący wskazał, że w przypadku wyboru oferty Hyundai, realizacją zamówienia, w tym specjalistycznym projektowaniem oraz produkowaniem tramwajów (potwierdzone w pkt III.2) wyjaśnień Hyundai) będzie zajmował się podmiot, który nie wykazał żadnego doświadczenia w tym zakresie, przy bliżej nieokreślonych konsultacjach i doradztwie podmiotu tureckiego Eurotem, którego odpowiedzialność jest marginalna, a zakres obowiązków uznaniowy i w żaden sposób nie gwarantuje odpowiedniego zaangażowania w projekt objęty postępowaniem.

Z art. 22a ust. 2 ustawy wyraźnie wynika, że ciężar dowodu dysponowania odpowiednimi zasobami spoczywa na Wykonawcy. Ciężarowi temu Hyundai, mimo uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień, nie podołał, co powinno być także interpretowane przez pryzmat profesjonalnej działalności tego podmiotu (art. 355 § 2 kc). Nie ma też podstaw do dalszych uzupełnień lub wyjaśnień tej kwestii, z uwagi na ugruntowany pogląd jednokrotności stosowania instytucji z art. 26 ust. 3 i ust. 6 ustawy. Ponadto dopuszczalność złożenia całkowicie nowego dokumentu po terminie składania ofert w postaci Umowy współpracy powinno być ocenione w kontekście aktualnego orzecznictwa unijnego, nakazujące uwzględniać przy ocenie dopuszczalności uzupełniania dokumentów zasadę równego traktowania wykonawców oraz niedyskryminacji (np. wyrok TSUE z 11 maja 2017 r. w sprawie C- 131/16).

2. Zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne (art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy)

Zamawiający niezasadnie zaniechał wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania.

Wobec wykonawcy Hyundai został wydany przez indyjską instytucję DRMC (ang.: the Delhi Metro Rail Corporation) zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne (Dokument nr 8 przywołany na stronie 304 oferty Hyundai). Wykonawca Hyundai odwołał się od tej decyzji do sądu w Delhi, który w lipcu 2016 r. utrzymał w mocy decyzję w przedmiocie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. W związku z powyższym Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę Hyundai z postępowania, mając w szczególności na uwadze, że w przypadku ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy brak jest możliwości skorzystania przez wykonawcę z instytucji samooczyszczenia.

Wydanego w innym państwie zakazu ubiegania się zamówienia publiczne nie można dezawuować ze względu na istniejące różnice w systemach prawnych. Oczywistym jest, że porządki prawne poszczególnych państw różnią się. Zakaz wydany wobec tego wykonawcy został potwierdzony wyrokiem sądu, wobec czego nie można takiej okoliczności pominąć w toku weryfikacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca Hyundai powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona. W przeciwnym razie, działania Zamawiającego, poza naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, naruszać będą również art. 7 ust. 1 ustawy z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. Zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez Hyundai (art 24 ust. 8 i 9 ustawy w zw. z art 24 ust. 5 pkt 2 ustawy oraz art 7 ust. 1 ustawy)

Zamawiający, w pkt 5.5.2. oraz 6.1.2. SIWZ wskazał jako jedną z przesłanek wykluczenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia można wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

W postępowaniu, wykonawca Hyundai oświadczył w JEDZ, że jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, związanego z naruszeniem zobowiązania do ujawnienia informacji w Indiach (część III, lit. C JEDZ) - okoliczność bezsporna. Jednocześnie wskazał, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Informacje oraz dokumenty dotyczące zdarzenia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tej sprawie przedmiotem sporu nie jest zatem okoliczność, czy wobec wykonawcy Hyundai zachodzi podstawa do wykluczenia z postępowania (fakt bezsporny), lecz ocena czy przedłożone przez wykonawcę Hyundai w postępowaniu dokumenty pozwalają uznać, że wykonawca przedsięwziął wystarczające środki w celu samooczyszczenia.

Zgodnie z treścią karty tytułowej załącznika nr 15 do oferty (str. 304 oferty), wykonawca Hyundai przedłożył następujące dokumenty i informacje dotyczące sprawy opisanej w JEDZ, związanej z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych:

- dokument 4: Sprawozdanie wydane przez zespół ds. Audytu,

- dokument 5: Zawiadomienie dotyczące wymogu przestrzegania norm etycznych w zakresie transparentności,
- dokument 6: Oświadczenie dotyczące wymogu przestrzegania norm etycznych w zakresie transparentności (umowa),
- dokument 7: Raport dotyczący poprawy działań w ramach udziału w przetargach,
- dokument 8: Decyzja dotycząca zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, wydana przez DRMC,
- informacja dotycząca naruszenia zobowiązania do ujawniania informacji w Indiach.

W przypadku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wykonawca nie podlega wykluczeniu, wyłącznie w sytuacji, gdy Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione przez tego wykonawcę na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodni naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy (art. 24 ust. 8 i 9 ustawy). Uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, mimo ziszczenia się przesłanki, stanowi wyjątek od reguły, dlatego przepisy w zakresie możliwości samooczyszczenia należy interpretować wąsko. Każdy przypadek powinien być rozpatrywany indywidualnie, w zależności od wagi naruszenia, czasu jego trwania, itp..

Z informacji wskazanych w dostępnej dokumentacji można wnioskować, że wykroczenie dotyczyło naruszenia zobowiązania do ujawniania informacji w Indiach, za które DRMC (ang.: the Delhi Metro Rail Corporation) wydał wobec wykonawcy Hyundai zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, że wykonawca Hyundai, biorąc udział w postępowaniu na dostawę pociągów metra, nie ujawnił informacji, że w tym czasie obowiązywał wobec niego wydany uprzednio zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne na trzy lata.

Z listy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę Hyundai nie wynika, aby mogły one stanowić skuteczne samooczyszczenie, w tym wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego (dołączono wyłącznie decyzję DRMC oraz informację dotyczącą naruszenia) bądź też wykazanie podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. Same wyłącznie raporty, sprawozdania czy też zawierane umowy (np. z pracownikami) dotyczące

wymogu przestrzegania norm etycznych nie mogą stanowić dowodu istnienia faktycznych mechanizmów zapobiegających naruszeniom. Przepisy unijne również wymagają podjęcia bardziej zdecydowanych kroków, wskazując w szczególności na działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań (Motyw 102 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił ustawowych wytycznych umożliwiających uznanie samooczyszczenia za skuteczne, tj. wagi i szczególne okoliczności czynu. W okolicznościach faktycznych sprawy, waga czynu i okoliczności czynu stanowią przesłanki obciążającą wykonawcę Hyundai, ponieważ czyn dotyczył wprowadzania Zamawiającego w błąd przez nieujawnienie informacji o wydanym zakazie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co skutkowało wydaniem kolejnego zakazu. Tak poważne naruszenie wymaga wykazania, że wykonawca przedsięwziął wyjątkowe i skuteczne kroki w celu zapobieżenia dalszym przestępstwom lub nieprawidłowościom w przyszłości, czemu wykonawca Hyundai nie sprostał, zaś Zamawiający oparł się na niewystarczających dowodach. Ponadto, takie działanie Zamawiającego nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i prowadzi do nierównego traktowania pozostałych wykonawców, którzy nie podlegając wykluczeniu, muszą konkurować z wykonawcą, który faktycznie powinien zostać wykluczony z postępowania.

Wobec powyższego, żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania jest w pełni zasadne.

4. Skazanie z powodu naruszenia obowiązków prawa pracy (art. 24 ust. 8 i 9 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy)

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Hyundai nie przeprowadził także skutecznej procedury samooczyszczenia w zakresie okoliczności wskazanych w Sekcji C JEDZ na str. 21 oferty, tj. w zakresie skazania członków zarządu za naruszenie przepisów prawa pracy Republiki Korei.

Przedłożone na str. 306-327 oferty Hyundai dokumenty wskazują jedynie na zapłatę jednej z nałożonych grzywien (brak dowodów na zapłatę drugiej zasądzonej grzywny), przedstawiają wysokość i podstawę nałożonej kary oraz wskazują na wynik audytu, z którego wynika, że błędy zostały naprawione. Dokumenty te nie są jednak wystarczające i nie dowodzą wszystkich okoliczności niezbędnych do odstąpienia od wykluczenia

z postępowania, nie odnoszą się w szczególności do jakichkolwiek konkretnych działań organizacyjnych, technicznych i kadrowych mających na celu zapobiegnięcie podobnym sytuacjom w przyszłości. Nie ma zatem uzasadnionych podstaw od odstąpienia od obowiązku wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy w zw. z art. 80 ust. 1 Dyrektywy sektorowej w zw. z art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 18 ust. 2 tej dyrektywy.

C. Zarzuty dotyczące wykonawcy Skoda

Uzasadnienie zarzutów z pkt C.1-4 petitum odwołania.

1. Zużycie energii

Zgodnie z pkt 11.8.6 SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą Danych o Zużyciu Energii przygotowanych zgodnie z treścią załącznika nr 4 do Formularza Oferty, którego wzór zawarto w Rozdz. IV SIWZ.

Zgodnie z pkt 16.1 ppkt 4 SIWZ zużycie energii stanowiło kryterium ocen ofert z wagą 9%.

Według wzoru ww. załącznika nr 4 do Formularza Oferty, wykonawcy winni złożyć oświadczenie i podać informacje następującej treści:

DANE O ZUŻYCIU ENERGII

Składając ofertę w przetargu nieograniczonym na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych, oświadczamy; że dla oferowanych tramwajów średnia wartość energii pobieranej z sieci trakcyjnej w przeliczeniu na 1 km, wyliczona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, jest następująca:

- 1) Tramwaj typu 1 - Wh/km,
- 2) Tramwaj typu 2- Wh/km,
- 3) Tramwaj typu 3- Wh/km.

Powołane zasady wyliczenia zużycia energii zostały określone w Instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „Zużycie energii” podanej w ww. załączniku Dokładne dane na temat zużycia energii przez poszczególne typy tramwajów oferowanych przez Skoda nie są Odwołującemu znane ze względu na objęcie tej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa (załącznik f do oferty Skoda).

Jednakże możliwe jest wnioskowanie o ich przybliżonej wielkości na podstawie znajomości produktów innych uczestników przetargu oraz porównania punktacji, którą przyznano im w ramach oceny ofert za ten parametr.

Wyniki oceny ofert w zakresie kryterium zużycia energii dla ofert ocenionych w postępowaniu przedstawiały się następująco:

- Hyundai - 3,350 pkt,
- Skoda - 9,000 pkt,
- PESA-3,332 pkt.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2017 r. w sprawie wyników postępowania (w aktach sprawy)

Jak wynika z powyższego, tramwaje Skoda są około trzykrotnie bardziej oszczędne od pojazdów innych producentów. Odwołujący zakwestionował taką ewentualność, tj. stwierdził, że nie jest realne i możliwe, aby jakikolwiek tramwaj dostępny na rynku porównywalny wagą i rozmiarami do pojazdów oferowanych w przedmiotowym postępowaniu, także produkcji Skoda, charakteryzował się takimi parametrami zużycia energii.

Odwołujący wskazał, że Tramwaje Warszawskie na konferencji organizowanej przez Izbę Gospodarczą Komunikacji Miejskiej, która odbyła się w maju 2015, podały rzeczywistą, osiąganą w eksploatacji, średnią wartość zużycia energii dla swojego taboru, w tym m.in. dla tramwaju typu 128N Jazz Duo produkcji PESA, który pod względem budowy najbliższej odpowiada tramwajowi typu 1 zamawianemu w ramach niniejszego zamówienia.

Dowód: Prezentacja „Tramwaje Warszawskie przyjazne ludziom i miastu” (zostanie złożony na rozprawie)

Według ww. danych rzeczywiste zużycie energii dla ww. tramwaju 128N wynosi 3,97 kWh/km i taką wielkość hipotetycznie przyjęto, jako wielkość podaną w ofercie PESA złożonej w niniejszym przetargu (wszystkie oferty zostały utajnione w zakresie parametrów zużycia energii). Przy czym wskazać należy, że założono, że PESA w obecnym przetargu zaoferowała nowe tramwaje, które nie zużywają więcej energii niż tramwaje typu 128N Jazz Duo, produkowane w latach 2014-2015.

Tramwaj 128N Jazz Duo jest tramwajem bardzo oszczędnym - inne tramwaje eksploatowane w Warszawie zużywają większe ilości energii. Ponadto dane publikowane przez Tramwaje Warszawskie są danymi uśrednionymi z ruchu liniowego. Natomiast w ofercie w przedmiotowym przetargu należało podać dane dla tramwaju w pełni obciążonego dla jednej wytypowanej linii - tramwaj w pełni obciążony zużywa więcej energii niż średnia

energetyczna z przejazdów pełnych i pustych (w związku z czym należałoby przyjąć wyższą szacunkową wartość zużycia dla tramwajów PESA w tym postępowaniu).

Odwołujący przyjął, że w ofercie PESA podano średnie zużycie energii dla poszczególnych typów tramwajów na poziomie 3,97 kWh/km, i zestawiając powyższe z uzyskaną przez poszczególnych Wykonawców punktacją, otrzymujemy wartości zużycia energii w ocenionych ofertach na poziomie: PESA-3,97 kWh/km, Hyundai - 3,94 kWh/km, Skoda -1,46 kWh/km

Niezależnie od precyzji powyższych założeń i wyliczeń, Odwołujący wskazał, że zużycie energii na poziomie poniżej 3,5 kWh/km przez jakikolwiek tramwaj odpowiadający wymogom niniejszego przedmiotu zamówienia, wyliczane zgodnie z założeniami tej SIWZ, jest nierealne i w rzeczywistości nie występuje ani na rynku ani w produktach Skoda, która podała w tym zakresie informacje niezgodne z rzeczywistością, a więc nieprawdziwe.

Dodatkowo na nierealność zużycia energii podanego przez Skoda wskazuje porównanie przyznanych wartości punktowych w kryterium „Nacisk osi tramwaju na tor”, gdzie Skoda otrzymała najmniej punktów (Hyundai - 2,175, PESA - 1,337, Skoda - 1,256). Tym samym tramwaj Skody jest pojazdem najcięższym. Faktem notoryjnym jest, że rozpędzenie cięższego tramwaju, wymaga większej siły, a tym samym również zużycia większej energii niż pojazdu lżejszego. Okoliczność ta uprawdopodabnia fakt podania nieprawdziwych danych nt. zużycia energii w ofercie Skody.

W związku z powyższymi okolicznościami faktycznymi - podaniem w ofercie Skody parametru zużycia energii, którym w rzeczywistości tramwaje oferowane przez Skodę się nie charakteryzują - zasadne było sformułowanie wskazanych w petitum odwołania zarzutów prawnych.

Po pierwsze, powyższe przesądza o niezgodności treści oferty w zakresie podanego parametru zużycia energii z pkt 11.8.6 SIWZ i treścią zał. nr 4 do Formularza Oferty, gdzie Zamawiający wymagał podania rzeczywistego zużycia energii oraz jego wyliczenia zgodnie z założeniami SIWZ. Z tego względu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z treścią SIWZ.

Po drugie, Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy (z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu) - wskazywane znaczące zaniżenie parametru zużycia energii w stosunku do realnych wartości, ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert, mogło mieć istotny wpływ na wybór oferty Skody jako najkorzystniejszej.

Odwołujący, w związku z nieznaną ofertą Skody i zastosowanych tam rozwiązań technicznych wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki i budowy pojazdów szynowych na okoliczność ustalenia:

1) czy tramwaje zaoferowane przez Skoda Transportation a.s., tj. charakteryzujące się wszystkimi wskazanymi w ofercie rozwiązaniami technicznymi i parametrami użytkowymi, w świetle obecnego stanu techniki i przy założeniu konieczności zapewnienia zgodności pojazdów z wymaganiami SIWZ oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, mogą osiągać parametr zużycia energii na poziomie podanym w ofercie tego Wykonawcy, uwzględniając, że oferowane tramwaje firmy Skoda są cięższe niż oferowane pojazdy innych producentów,

2) czy parametr zużycia energii dla tramwajów oferowanych przez Skoda został wyliczony i tym samym podany w jej ofercie zgodnie z adekwatnymi wymaganiami SIWZ.

Odwołujący argumentował, że w związku ze wskazaną tajemnicą przedsiębiorstwa nie istnieją inne środki dowodowe, które pozwoliłyby mu wykazać okoliczności, które postuluje. Nie znając oferowanych przez Skodę rozwiązań technicznych nie może wykazać jakim rzeczywistym zużyciem energii charakteryzują tramwaje Skody. Odwołujący zaprzeczył jednak, że mogą to być wartości trzykrotnie niższe niż u innych producentów (rozwiązania bliskie perpetuum mobile na rynku nie występują). Przerzuca to ciężar dowodu wykazania spełnienia tego parametru na Skodę lub Zamawiającego. Przy czym ocena i weryfikacja powyższego wymagała będzie wiadomości specjalnych i zbadania przez biegłego prawdziwości wyliczeń i danych podawanych przez Skodę.

2. Pracochłonność

Zgodnie z pkt 11.8.5 SIWZ Zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą Danych o Pracochłonności, dla każdego typu tramwaju (przygotowane zgodnie z treścią załącznika nr 3 do Formularza Oferty) wraz z graficznym przedstawieniem cyklu planowo-zapobiegawczych obsługa technicznych do 1 min km dla każdego typu tramwaju.

Zgodnie z pkt 16.1 ppkt 3 SIWZ pracochłonność czynności obsługowych do przebiegu 1 mln km stanowiła kryterium ocen ofert z wagą 20%.

Według treści ww. załącznika nr 3 dane o cyklu i pracochłonnościach planowo-zapobiegawczych obsługa technicznych każdego typu tramwaju, winny być przygotowane zgodnie z rozdziałem II SIWZ część VII i podane w rozbiciu na poszczególne obsługi i rodzaje czynności.

Dokładne dane na temat pracochłonności zawarte w ofercie Skoda nie są Odwołującemu znane ze względu na objęcie tej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa (załącznik e do oferty). Jednakże możliwe jest wyliczenie ogólnej sumy pracochłonności wszystkich

obsług podanej w ofercie Skody i przyjętej do punktowania w ramach kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego. Z podstawienia do wzoru oceny ofert punktów przyznanych poszczególnym, ocenionym wykonawcom (vide: pismo Zamawiającego z 11 sierpnia br. w sprawie wyników postępowania) można przypuszczać, że Skoda zaproponowała pracochłonność średnią dla wszystkich typów oferowanych pojazdów 700 - 800 h dla obsługi do 1 000 000 km. Uwzględniając, że Tramwaje Warszawskie przyjmują średnie przebiegi roczne pojazdów w wysokości 65 000 km oznacza to średnią pracochłonność obsług 45-50 h rocznie dla 15,5 lat eksploatacji. Należy uwzględnić, że pracochłonność wraz ze wzrostem przebiegów będzie większa.

Oferta Skoda zakłada więc dla pierwszych lat eksploatacji tramwajów tylko jeden dzień roboczy (zakładając 32h to tylko 2 zmiany 2 pracowników) obsługi dla jednego roku.

Odwołujący stwierdził, że jest to wartość nierealna i niemożliwa do spełnienia na obecnym poziomie techniki pojazdów szynowych, a tym samym wyliczona niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie. Nawet nie znając dokładnych rozwiązań technicznych zastosowanych w tramwajach Skoda, stwierdzić można, że obsługa tramwajów w trakcie ich eksploatacji tak niewielkim nakładem pracy, jaką założyła Skoda, jest niemożliwa. Zakres przedmiotu zamówienia wymusza bowiem szereg czynności obsługowych, których wykonanie wymagało będzie znacznie większego nakładu pracy i czasu niż przyjęła to Skoda. Samo zestawienie zasadniczych czynności utrzymaniowych znacznie przekracza założenia ww. Wykonawcy.

Odwołujący dla przykładu wskazał następujące obszary obsługi wymagające znacznych nakładów pracy dla ich wykonania, które w żadnym razie nie mogą być wykonane w czasie podanym w ofercie Skody:

Drzwi

Zgodnie z rozdziałem II, część 1, pkt 10 Zamawiający wymagał następującej ilości drzwi w zależności od typu pojazdu: Typ 1:10 par drzwi podwójnych (dwuskrzydłowych), po 5 na stronę Typ 2: 5 par drzwi podwójnych (dwuskrzydłowych) Typ 3:4 par drzwi podwójnych (dwuskrzydłowych).

Na rynku występuje ograniczona ilość dostawców drzwi specjalizujących się w dostawach dla pojazdów komunikacji miejskiej, np. Ultimate, Bode, IFE, IGE, Tamware. W zależności od zaproponowanego rozwiązania do prawidłowego funkcjonowania drzwi wymagane jest sprawdzenie paska napędu lub śruby napędowej oraz regulacja siły nacisku, która jest wymagana przez przepisy. Dla tak znacznej ilości drzwi sam proces ich obsługi generuje niemałą ilość godzin, i należy go dokonywać, co kilka tygodni

Klimatyzacja

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego każdy tramwaj musi być wyposażony w urządzenia grzewcze i klimatyzacyjne z niezależnym układem dla przestrzeni pasażerskiej i kabiny motorniczego. Dla tramwajów dwukierunkowych (typ 1) należy zastosować dodatkową klimatyzację dla drugiej kabiny motorniczego, w związku z czym ilość roboczogodzin niezbędnych do utrzymania pojazdów dwukierunkowych będzie odpowiednio większa niż w przypadku tramwajów typu 3 i typu 2. W zależności od zastosowanych rodzajów klimatyzatorów wymagają one demontażu i czyszczenia filtrów lub ich wymiany. Niezależnie natomiast od rozwiązania klimatyzatory należy czyścić, dezynfekować i napełniać nowym płynem. Należy to wykonywać co najmniej 1 raz w roku (przed lub po sezonie letnim). Czynność taka zajmuje to minimum 8 h pracy.

Zastosowanie wymaganych urządzeń grzewczych (rozdział II, część 4, pkt 7.23.7) wymaga sprawdzenia i okresowego czyszczenia z kurzu w celu uniknięcia zapłonu w układzie ogrzewania, a tym samym prowadzenia działań w trosce o bezpieczeństwo pasażerów.

Wózki tramwajowe

Zamawiający wymagał zastosowania wózków, których koła nie są połączone w sposób pozwalający na przeniesienie momentu obrotowego między kołami lewej i prawej strony, a dodatkowo, zostało postawione ograniczenie, mówiące o tym, że jeden silnik nie może napędzać dwóch kół po tej samej stronie wózka (rozdział II, część 4, pkt 3.6.1 i 3.6.2.). Powyższe ograniczenie wymusza na oferentach zastosowanie 4 przekładni i 4 silników na jeden wózek napędowy.

Do obsługi każdej z przekładni należy wziąć pod uwagę wymianę oleju, inspekcję szczelności, ewentualną wymianę uszczelnień, dla silników trakcyjnych należy przewidzieć oczyszczenie silników i ewentualną wymianę łożysk. Producenci przekładni nakazują pierwszą wymianę oleju po ok. 5 000 km (ok. 2 miesiące eksploatacji) i potem wymiany co ok. 2 lata. Jeżeli firma Skoda zaoferowała pojazd z 2 wózkami napędowymi (jest to w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa) to pojazd taki posiada 8 silników i 8 przekładni, jeżeli zastosowano 4 wózki napędowe to pojazd taki posiada 16 silników i 16 przekładni. Z tego powodu, że naciski oferowanych tramwajów Skoda są większe niż w ofertach konkurencyjnych Odwołujący przypuszczał, że zastosowano rozwiązanie z 16 silnikami i przekładniami. Wymiana oleju w takiej ilości przekładni to czynność wymagająca ok. 4 dni roboczych. Biorąc pod uwagę powyższe czynności oraz ilość elementów podlegających obsłudze można zaobserwować jak dużo pracy należy włożyć w utrzymanie układu przekładnia-silnik w należyłym stanie.

W wielu przypadkach producenci wykorzystują komponenty tych samych poddostawców, w przypadku silników mogą to być: TSA, VEM, Skoda, w przypadku przekładni to, m.in.: Flender, Voith, Henschel, Wików.

Dodatkowo w przypadku wózków skrętnych, wykorzystujących tzw. łożysko wielkogabarytowe należy wziąć pod uwagę ewentualną konieczność działań utrzymaniowych względem tego elementu.

Koła

Dane podawane w kategorii pracochłonność powinny uwzględniać również czas niezbędny na wymianę obręczy. Ze względu na wymagane przez Zamawiającego rozwiązania techniczne aby dokonać wymiany obręczy najpierw należy wymontować z wózka przekładnie, silniki i hamulce. W związku z powyższym należy w kalkulować takie czynności jak, np. wywiązanie wózka spod pojazdu, demontaż przekładni i silników, demontaż tarcz hamulcowych i również hamulca szynowego. Zamawiający wymagał, w zależności od typu pojazdu rozwiązań bazujących na co najmniej 4 wózkach (dla tramwajów typu 1 i 2) oraz 3 wózkach (typ 3). W przypadku tramwajów typu 1 i 2, w zależności od zapotrzebowania trakcyjnego, możliwe jest zastosowanie 2, 3 lub 4 wózków napędowych, a dla tramwajów typu 3 możliwe jest zastosowanie 2 lub 3 wózków napędowych. W przypadku dwóch wózków napędowych w celu demontażu kół należy zdemontować 8 silników i 8 przekładni. Wartość taka rośnie, jeżeli oferent przedstawił tramwaj wykorzystujący 3 wózki napędowe (12 silników i 12 przekładni) lub 4 wózki napędowe (16 silników i 16 przekładni).

Odsprężynowania (dwustopniowe)

W celu prawidłowego rozkładu masy, zachowania wymaganego prześwitu pod pojazdem oraz utrzymania możliwie stałej odległości krawędzi drzwi od peronu konieczne jest stosowanie podkładowania usprężynowania, co jest standardową czynnością w pojazdach szynowych. Działania te wymagają co najmniej podniesienia pojazdu i przeprowadzenia działań mających na celu zrównoważenia zużycia kół oraz „osiadania” usprężynowania (podłożenie specjalnych podkładek). Takie działania konieczne są dla każdego z rodzajów wózków, a biorąc pod uwagę minimalną ilość wózków dla każdego typu pojazdów generuje to znaczącą ilość roboczogodzin - co najmniej kilkadziesiąt na jeden pojazd w okresie co około 2 lata. Ilość działań związanych z utrzymaniem zależy również od rozwiązań konstrukcyjnych. W przypadku zastosowania elementów gumowo-metalowych konieczne jest dodatkowe sprawdzenie pod kątem ewentualnych uszkodzeń (pęknięć)

Hamulce

Zamawiający wymagał zastosowania hamulców hydraulicznych, tarczowych (rozdział II, część 4, pkt 3.14 do 3.16). W przypadku zastosowania tarcz wentylowanych należy je oczyszczać. Poza tym należy m.in. wymieniać klocki hamulcowe i zaciski (co w zależności od przyjętego rozwiązania i dostępnego miejsca może okazać się mniej lub bardziej pracochłonne), płukanie układu hydraulicznego, wymiana tarcz hamulcowych (przy znacznych przebiegach), w zależności, czy zastosowano hydroakumulator czy nie, konieczna może być jego kontrola. Dodatkowo należy sprawdzić stan hydroregulatorów oraz szczelność układu. W obecnym stanie techniki jest rzeczą oczywistą, że klocki hamulcowe wymagają wymiany nie rzadziej niż co kilkadziesiąt tysięcy kilometrów, tzn. co najmniej raz w roku.

Układ hydrauliczny systemu hamulcowego ze względów bezpieczeństwa wymaga płukania, odpowietrzania i wymiany oleju. Czynności takie powinny być przeprowadzone nie rzadziej niż co 2 lata oraz zawsze w przypadku wymiany przewodów hamulcowych. Płukanie i wymiana oleju jest zabiegiem, który zajmuje co najmniej 2 dni robocze dla prostych układów hamulcowych i do 4 dni przy bardziej skomplikowanych (bardziej rozbudowanych i z trudniejszym dostępem) układów. Dodatkowo dla hamulców szynowych należy przeprowadzić regenerację płóz oraz sprawdzenie okablowania.

Systemy hamulcowe jak większość komponentów pochodzi od tych samych poddostawców: Hannig&Kahl, Knorr Bremse, DAKO, SAB Vabco.

System smarowania obrzeży

Zamawiający wymagał zastosowania systemu smarowania obrzeży (Rozdział II Część IV.3.25). Układ wyposażony jest w silnik, w którym może istnieć konieczność okresowej obsługi, konieczne jest okresowe regulowanie pozycji dysz względem obrzeża koła.

System piaskowania

Zamawiający wymagał zastosowania systemu piaskowania, dla tramwajów dwukierunkowych typu 1 wymagane są dwa takie urządzenia (Rozdział II Część IV.6) Pojazdy muszą być wyposażone w system piaskowania, który wymaga znacznej uwagi. Należy sprawdzić stan dysz wylotowych i ich pozycję (w przypadku funkcji grzania konieczne jest sprawdzenie poprawności działania grzałek), drożność przewodów oraz stan sprężarki. W całym okresie intensywnego (wielokrotnie w ciągu dnia przy rozruchu i hamowaniu) użytkowania tzn. od jesieni przez zimę aż do wiosny układ taki wymaga bardzo częstej obsługi polegającej na sprawdzeniu drożności dysz, usunięciu z nich zalegającego błota i śniegu oraz regulacji położenia dysz względem koła.

Platforma dla osoby niepełnosprawnej

Ze względów bezpieczeństwa konieczna jest okresowa kontrola czujników stanu położenia rampy.

Akumulatory

W celu utrzymania prawidłowego działania akumulatorów wymagana jest co najmniej kontrola stanu elektrolitu (wraz z ewentualnym uzupełnieniem stanu). Należy również przeprowadzać oględziny, czyszczenie i sprawdzanie połączeń śrubowych.

Wycieraczki

Należy wziąć pod uwagę wymianę piór wycieraczek.

Agregaty układu napędowego i zasilania

Pracochłonność utrzymania w dużej mierze zależy od zastosowanego rozwiązania. W przypadku napędów z wymuszonym chłodzeniem należy sprawdzić i oczyścić kanały.

Inne czynności obsługowe

Przeguby - należy sprawdzić stan harmonii pod kątem uszkodzeń mechanicznych.

Podłoga i podwozie - poza sprawdzeniem podwozia pod kątem uszkodzeń mechanicznych należy również sprawdzić czy nie występują procesy gnilne, jakość spawów na łączeniach, sprawdzić szczelność.

W trosce o bezpieczeństwo należy również okresowo sprawdzić działanie instalacji dzwonka, oświetlenie zewnętrzne, oraz poręcze w przedziale pasażerskim.

Uwzględniając fakt, że w bardzo wielu przypadkach wykonawcy korzystają z usług tych samych poddostawców oraz fakt, że nawet przy rozwiązaniach różnych poddostawców nakłady pracochłonności są podobne - czynności utrzymaniowe i interwały pomiędzy nimi nie odbiegają od siebie w znacznym stopniu - w ten sposób nie można uzasadnić znacznych różnic pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców. W każdym razie kilkuminutowe różnice pomiędzy utrzymaniem podzespołów różnych producentów nie mogą uzasadnić powyższego.

Tym samym Odwołujący założył, że w ofercie Skody celowo lub z niedbalstwa pominięto niektóre czynności utrzymaniowe w celu zwiększenia punktacji przyznanej ofercie lub znacznie zaniżono ich pracochłonność. Prowadzi to do zarzutu, że wykonawca podał w zakresie pracochłonności dane nieprawdziwe i wprowadzające Zamawiającego w błąd w celu uzyskania wyższej punktacji w tym kryterium oceny ofert. Powyższe przesądza w ocenie Odwołującego o zasadności zarzutów sformułowanych w petitum odwołania w analogiczny sposób, jak w przypadku zaniżenia parametru zużycia energii.

Odwołujący w związku z nieznaną ofertą Skody, zastosowanych tam poszczególnych rozwiązań technicznych i przypisanych do ich obsługi nakładów pracy, wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki i budowy pojazdów szynowych na okoliczność ustalenia, czy w świetle wiedzy i obecnego stanu techniki, możliwe jest przeprowadzenie wszystkich niezbędnych, tj. wynikających z przepisów prawa, zasad bezpieczeństwa, zaleceń producentów i wymagań SIWZ, czynności utrzymaniowych oferowanych tramwajów Skoda przy nakładach pracy podanych w ofercie Skoda.

3. Świadczenie niemożliwe

Wskazano, że nawet w przypadku braku uznania sprzeczności podanych danych w zakresie zużycia energii i pracochłonności z SIWZ, zaoferowane przez Skodę wartości są nierealne i niemożliwe do spełnienia, co wywodzono powyżej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 9 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Według art. 387 § 11 Kc, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Z powyższego wynika zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można wykonać (vide: Z. Radwański, System prawa cywilnego, t. III cz. 1. s. 383-384).

Konsekwencją pierwotnej niemożliwości świadczenia, które ma miejsce na skutek zaoferowania przez wykonawcę parametrów i wielkości niemożliwych do dotrzymania zgodnie z obecnym stanem techniki, jest nieważność umowy, którą zawarłby Zamawiający z wybranym Wykonawcą. Z tego względu, oferta Skoda powinna zostać odrzucona jako zawierająca zobowiązanie do świadczenia niemożliwego.

4. Czyn nieuczciwej konkurencji

Niezależnie od powyższego, zaoferowanie obiektywnie niemożliwych do dotrzymania wartości zużycia energii i pracochłonności stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie ze sformułowaną przez doktrynę definicją za „dobre obyczaje” uważa się zachowanie *„zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi [...] cechami oferowanych towarów i usług”* (A. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Komentarz, C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 157). W związku z tym zakazy zawarte w przedmiotowej ustawie mają za cel przeciwdziałanie postępowaniu przez przedsiębiorców nieuczciwymi praktykami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku kosztem konkurentów.

W tym kontekście zaferowanie przez Skodę parametrów na poziomie nierealnym i niemożliwym do osiągnięcia stanowi działające mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej. Ponieważ „zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko by uzyskać zamówienie”. Ponadto oferta Skoda narusza interesy zarówno podmiotu konkurencyjnego - Odwołującego, jak i Zamawiającego. Interesy Odwołującego są naruszone, ponieważ na skutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania wykonawcy, Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast interesy Zamawiającego doznają uszczerbku, ponieważ Zamawiający nigdy nie otrzyma pojazdów o oferowanych przez wykonawcę Skodę cechach, co będzie oznaczać niezrealizowanie zamówienia zgodnie z umową.

5. Podpisanie oferty przez osobę nieuprawnioną – pełnomocnictwo (dot. zarzutów z pkt C.5 petitum odwołania]

Oferta Skody została złożona przez p. W. G., działającego jako pełnomocnik Wykonawcy. Do oferty Skody załączono pełnomocnictwo dla wyżej wymienionego datowane na dzień 16 maja 2017 r. (str. 35 oferty), które zawierało upoważnienie do podpisania oferty, a jednocześnie zastrzegało, że pełnomocnik nie jest „uprawniony do tworzenia jakichkolwiek zobowiązań finansowych w imieniu Mocodawcy.” Jakkolwiek złożenie oferty w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie jej przybicie (wybór) nie prowadzi bezpośrednio do nawiązania stosunku umownego, to jednak złożenie oferty stanowi zobowiązanie do zawarcia umowy. Zobowiązanie to jest w pełni egzekwowalne w terminie związania ofertą, a także jest zabezpieczone wadium. Złożenie oferty bezpośrednio tworzy więc zobowiązania finansowe po stronie wykonawcy.

Tym samym stwierdzić należy, że oferta Skody została złożona przez osobę, która nie mogła zaciągać zobowiązań finansowych tego rodzaju, a więc złożyła ofertę z przekroczeniem swojego umocowania. Ergo oferta jest nieważna.

6. Zaświadczenie o niekaralności (dot. zarzutów z pkt C.6 petitum odwołania)

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 r., Skoda przedłożyła zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego Republiki Czeskiej dla członków Zarządu Spółki i członków Rady Nadzorczej, w tym zaświadczenie dla pani K. M., które wystawione zostało w dniu 14 lipca 2017 r., a więc po dacie składania ofert, która w tym przypadku przypadała na dzień 19 maja 2017.

Biorąc pod uwagę instytucję zatarcia skazania, która występuje również w czeskim porządku prawnym, zaświadczenie to nie potwierdza braku podstaw wykluczenia z postępowania

w zakresie opisanym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy w dacie składania ofert w odniesieniu do ww. osoby.

D. Zarzut nierównego traktowania wykonawców

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, przy jednoczesnym poprawianiu omyłek o dużo większym rozmiarze i zakresie w ofertach innych wykonawców, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W ofercie Hyundai, wykonawca ten nie wskazał ceny oferowanej za przeprowadzenie szkoleń dodatkowych w dołączonym do oferty Formularzu Cenowym Szkoleń („FCS”) (wiersz 27 FCS pozostawił niewypełniony), mimo iż było to wymagane treścią pkt 11.8.7 SIWZ, Załącznika nr 5 do Formularza oraz Załączniku nr 3 do rozdziału II SIWZ, określającym wymagany do zaoferowania zakres szkoleń. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zmienił wartości wszystkich cen jednostkowych szkolenia wskazane w kolumnie 8, wiersze 1-26 oraz konsekwentnie poprawił omyłki rachunkowe w kolumnach 9 i 12 na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Bazował przy tym na wyjaśnieniach Hyundai i złożonym po terminie składania ofert nowym zmienionym FCS, w których wykonawca ten obniżył ceny jednostkowe wszystkich szkoleń (kolumna 8, wiersze 1-26) o ok 2%. Otrzymałą różnicę podał jako całkowitą cenę szkoleń dodatkowych.

Dowód:

- wezwanie Zamawiającego z 13 czerwca 2017 r., znak: TW.DNZ.261-58.2240.2017 oraz
- pismo Hyundai z 23 czerwca 2017 r. - w aktach,
- Pismo Zamawiającego z dnia 14 lipca 2017 r., zał. nr 2 do pisma, znak: DNZ.261-58.2726.2017.OJ. - w aktach.

Natomiast w zakresie oferty Skoda Zamawiający dnia 14 lipca 2017 r., korygowanym pismem z dnia 21 lipca 2017 r., poprawił w sposób arbitralny treść FCS tego wykonawcy przez zmianę ceny jednostkowej w wierszu 27 tabeli z 125 566 zł. na 313,92 zł. (w aktach). W Formularzu Cenowym Szkoleń załączonym do oferty Skody, w wierszu 27 „Szkolenia dodatkowe”, w kolumnie „Cena Jednostkowa netto szkolenia I grupy (w PLN)” oraz w kolumnie „Całkowita cena netto (w PLN) (cena jednostkowa netto szkolenia I grupy x liczba grup) [poz. 7 x 8]”, podano taką samą kwotę - 125 566 zł. Materialnie Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby przyjąć taki sposób dokonania poprawy. Naturalne w tym przypadku byłoby przyjęcie za podaną prawidłowo cenę jednostkową i wyliczenie na jej podstawie ceny całkowitej. Natomiast tego typu zmiana pociągnęłaby za sobą już znaczny wzrost ceny oferty, bo o 50 226 400 zł., a tym samym zmiana tego typu nie wypełniałaby przesłanki „nieznacznosci zmian” wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości UE oraz Izby, w tym w szczególności z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości TSUE z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby poprawiając w ofertach omyłki, Zamawiający skierował odpowiednie wezwanie do wszystkich oferentów znajdujących się w porównywalnej sytuacji, tak aby wszyscy oferenci byli traktowani równo i lojalnie. Tymczasem Zamawiający, jak wynika z powyższego uzasadnienia, poprawiał w znacznym zakresie treść ofert wykonawców, poprzedzając to obszernymi wyjaśnieniami z ich strony, jednocześnie stosując nieporównywalnie nieproporcjonalną sankcję odrzucenia wobec oferty Odwołującego i nie stosując procedury z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (por. uzasadnienie w części A niniejszego odwołania powyżej). Tymczasem zakres merytoryczny objęty podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie ma charakteru istotnego z punktu widzenia całości zamówienia oraz w porównaniu z przedmiotem poprawek dokonanych przez Zamawiającego wobec innych wykonawców.

W tych okolicznościach, Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę proporcjonalności, nie powinien bowiem odrzucać oferty Odwołującego, a ewentualnie zastosować wobec tej oferty art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W przeciwnym wypadku również i oferta Hyundai jak i Skoda powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

B. Sygn. akt KIO 1746/17

Na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust.1, ust. 3 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący:

I.

wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego - Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), tj.:

- 1) wadliwego badania i oceny oferty złożonej przez Skoda Transportation s.s.. z siedzibą w Republice Czeskiej (dalej: „Skoda”),
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Skoda, pomimo że jej treść nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia udostępnionej przez Zamawiającego w ramach Postępowania (dalej: „SIWZ”),

- 3) zaniechania odrzucenia oferty Skoda, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 4) zaniechania wykluczenia Skoda z postępowania, pomimo niewykazania braku podstaw wykluczenia,
- 5) zaniechania odtajnienia informacji zawartych w korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym i Skoda - w pismach Zamawiającego do Skoda oraz w pismach stanowiących odpowiedzi Skoda na te pisma (wymienione w pkt II. 5 zarzutu oraz w jego uzasadnieniu - poniżej) oraz w dokumencie przedłożonym przez Skoda na wezwanie Zamawiającego do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (informacja z banku wraz z tłumaczeniem), które w rzeczywistości nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia ich Odwołującemu po wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej,
- 6) wyboru oferty złożonej przez Skoda jako najkorzystniejszej,
- 7) wadliwego unieważnienia postępowania,
- 8) zaniechania przyznania najwyższej oceny ofercie złożonej przez Odwołującego i zaniechania dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

II.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, w odniesieniu do wyżej wymienionych czynności i zaniechań naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, nr 153, poz. 1503, dalej: „UZNK”) w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy - przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Skoda, pomimo iż podana przez Skoda wartość zużycia energii, stanowiąca jedno z kryteriów oceny ofert, została rażąco zaniżona i jest niemożliwa do osiągnięcia w warunkach określonych przez Zamawiającego, co doprowadziło do wyboru oferty jedynie pozornie najkorzystniejszej oraz naruszyło interes Odwołującego, oferującego realne wartości zużycia energii, przez faktyczne pozbawienie go możliwości konkurencji, a w konsekwencji opisane zaniechanie Zamawiającego skutkowało bezzasadnym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy,
- 2) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty Skoda, pomimo że podana wartość kryterium zużycia energii wskazuje na to, że Skoda nie zastosowała się do Instrukcji przygotowania danych niezbędnych do

oceny ofert w kryterium „Zużycie energii” znajdującej się w Załączniku nr 4 do Rozdziału IV SIWZ, co świadczy o tym, iż oferta Skoda została sporządzona w inny sposób niż żądał tego Zamawiający, co w konsekwencji skutkowało bezzasadnym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy,

- 3) art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy - przez wybór oferty Skoda jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta została sformułowana w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz nie spełnia wymogów SIWZ i tym samym jest jedynie pozornie najkorzystniejszą ofertą, co w skutkowało bezzasadnym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy,
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy - przez zaniechanie wezwania Skoda do wyjaśnień dotyczących rażąco niskich parametrów zużycia energii podanych w ofercie Skoda, w wyniku czego Zamawiający nie dostrzegł, że oferta Skoda - jako naruszająca zasady uczciwej konkurencji i niezgodna z SIWZ - winna zostać odrzucona, co w konsekwencji doprowadziło do uznania tej oferty za najkorzystniejszą i bezzasadnego unieważnienia postępowania,
- 5) art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 96 ust. 2 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu, po wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej, informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w kilku pismach Zamawiającego skierowanych do Skoda z wezwaniem do złożenia wyjaśnień i uzupełnień oferty oraz w kilku pismach Skoda skierowanych do Zamawiającego w odpowiedzi na te wezwania, a także w przedłożonym przez Skoda dokumencie na potwierdzenie spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (Pisma te zostały wymienione pod poz. 37,40.53,60,65,66,97,98 i 100 w wykazie załączników do protokołu postępowania), w sytuacji w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, co uniemożliwia Odwołującemu wszechstronną i kompleksową weryfikację działań Zamawiającego i Skoda w istotnym zakresie, jak również ogranicza Odwołującemu możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w celu podważenia wyniku postępowania,
- 6) art. 26 ust. 1 ustawy - przez zaniechanie wezwania Skoda do przedstawienia wymaganych przez SIWZ: aktualnej na dzień złożenia informacji z właściwego rejestru albo w przypadku jego braku - innego równoważnego dokumentu albo oświadczenia wykonawcy, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia,
ewentualnie

w sytuacji w której doszło do wezwania Skoda do przedstawienia tych dokumentów we właściwym trybie (art. 26 ust 1 i ust. 3 PZP) (mogło to ewentualnie nastąpić m.in. pismem TW.DNZ.261-58.2831.2017 z dnia 27 lipca 2017 roku oraz pismem TW.DNZ.261-58.3005.2017 z dnia 9 sierpnia 2017 roku - niemniej dokument został opatrzony klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa **VIDE:** uzasadnienie zarzutu), z ostrożności zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie czynności wykluczenia Skoda z postępowania, pomimo niezłożenia wspomnianych dokumentów wymaganych przez SIWZ w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, na kolejne wezwania Zamawiającego,

- 7) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy - przez zaniechanie czynności wykluczenia Skoda z postępowania, pomimo niepotwierdzenia aktualności informacji zawartych w dokumentach „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku wraz z tłumaczeniem, przedłożonych przez Skoda na okoliczność braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie wskazanym w SIWZ, na kolejne wezwania Zamawiającego (Pismem TW.DNZ.261-58.2831.2017 z dnia 27 lipca 2017 roku oraz mogło to nastąpić m.in. pismem TW.DNZ.261-58.3005.2017 z dnia 9 sierpnia 2017 roku - niemniej dokument został opatrzony klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa)

ewentualnie

w sytuacji, w której nie doszło do ponownego (drugiego) wezwania Skoda do potwierdzenia aktualności tych dokumentów we właściwym trybie (art. 26 ust. 3 PZP) (mogło to nastąpić m.in. pismem TW.DNZ.261-58.3005.2017 z dnia 9 sierpnia 2017 roku - niemniej dokument został opatrzony klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa) z ostrożności zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie ponownego (drugiego) wezwania Skoda do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w dokumentach „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku wraz z tłumaczeniem, w sytuacji gdy wykonawca ten nie dokonał potwierdzenia ich aktualności na pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku,

8. art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust 1 i 3 ustawy - przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ofertę najkorzystniejszą i brak jest podstaw do jej odrzucenia;
9. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - przez bezzasadne unieważnienie postępowania, pomimo że Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która

mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. w kwocie 2.323.057.581 złotych brutto.

III.

Odwołujący wniósł o:

1. W przypadku uwzględnienia zarzutów odnoszących się do odrzucenia oferty Skoda:
 - a) uwzględnienie odwołania złożonego przez Odwołującego w całości,
 - b) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
 - c) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
 - d) nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Skoda w postępowaniu oraz nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego\

2. W przypadku uwzględnienia zarzutów odnoszących się do wykluczenia oferty Skoda:
 - a) uwzględnienie odwołania złożonego przez Odwołującego w całości,
 - b) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
 - c) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
 - d) nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu i w konsekwencji wykluczenie Skoda z Postępowania oraz nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

3. W przypadku uwzględnienia innych zarzutów niż wymienione w pkt 1 i pkt 2 powyżej:
 - a) uwzględnienie odwołania złożonego przez Odwołującego w całości,
 - b) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;
 - c) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
 - d) w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy (pkt II.4 *petitum* niniejszego odwołania) - dodatkowo nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, wezwania Skoda do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskich parametrów zużycia energii podanych w ofercie tego wykonawcy oraz w przypadku potwierdzenia, że wspomniany parametr jest rażąco niski - odrzucenia oferty Skoda lub wykluczenie Skoda z postępowania, a

w dalszej kolejności nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

- e) w odniesieniu do zarzutu naruszenia art 26 ust. 1 ustawy (pkt II.6 *petitum* niniejszego odwołania) - dodatkowo nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert

w postępowaniu, wezwania Skoda do przedstawienia aktualnej na dzień złożenia informacji z właściwego rejestru albo w przypadku jego braku - innego równoważnego dokumentu albo oświadczenia wykonawcy, a w przypadku nieprzedstawienia wymaganego dokumentu - wykluczenia Skoda z postępowania, a w dalszej kolejności nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

- f) w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy

w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy (pkt II.7 *petitum* niniejszego odwołania) - dodatkowo nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu

i wezwania Skoda do potwierdzenia aktualności dokumentów pn. „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku wraz z tłumaczeniem, a w przypadku niepotwierdzenia ich aktualności - wykluczenia Skoda z postępowania,

a w dalszej kolejności nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

- g) w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 96 ust. 2 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy (pkt II.5 *petitum* niniejszego odwołania) - dodatkowo zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w pismach Zamawiającego do Skoda z wezwaniem do złożenia wyjaśnień i uzupełnień oferty oraz w pismach Skoda skierowanych do Zamawiającego

w odpowiedzi na te wezwania, a także w przedłożonym przez Skoda dokumencie na potwierdzenie spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (informacja z banku wraz z tłumaczeniem), a w konsekwencji odtajnienie tych informacji, które nie posiadają cech tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie na rozprawie dowodów z odtajnionej części tych pism oraz dokumentów na okoliczności istnienia podstaw do wykluczenia Skoda z postępowania, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu. Z ostrożności Odwołujący - na podstawie art. 189 ust.

6 ustawy wnosi dodatkowo o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu.

4. W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wniósł o:

a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego albo instytutu naukowego o specjalności: trakcją elektryczną, komputerowe modelowanie i symulacja obliczeń trakcyjnych, w tym obliczeń zużycia energii pojazdów trakcyjnych w celu ustalenia następujących okoliczności:

– czy podane w ofercie Skoda zużycie energii elektrycznej przez pojazdy tramwajowe typu 1, typu 2 i typu 3 jest adekwatne do parametrów tych tramwajów zaoferowanych przez Skoda (uwzględniając odpowiednie masy pojazdów oraz dostępne sprawności poszczególnych elementów), mając na uwadze wyłącznie założenia wynikające z SIWZ, w szczególności z instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „zużycie energii” (Załącznik nr 4 do Rozdziału IV SIWZ),

– czy zawarte w ofercie Skoda parametry zużycia energii elektrycznej są możliwe do osiągnięcia dla teoretycznego oraz rzeczywistego modelu pojazdu, przy uwzględnieniu założeń wynikających z SIWZ, w tym w szczególności założeń wynikających z instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „zużycie energii” (Załącznik nr 4 do Rozdziału IV SIWZ oraz pytania i odpowiedzi w tym zakresie), a jeżeli tak, to jakie byłyby w takiej sytuacji wynikowe masy pojazdów typu 1, typu 2 i typu 3, a także sprawności poszczególnych ich elementów i czy byłyby to dane zgodne z założeniami Zamawiającego wynikającymi z SIWZ i/lub realne do osiągnięcia, biorąc pod uwagę najlepsze dostępne techniki i technologie na dzień składania ofert,

– jaka jest minimalna wartość do osiągnięcia dla parametru zużycia energii elektrycznej przez pojazdy tramwajowe typu 1, typu 2 i typu 3, przy uwzględnieniu zapisów SIWZ, a w szczególności instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „zużycie energii” (Załącznik nr 4 do Rozdziału IV SIWZ) i jakie byłyby w takiej sytuacji masy pojazdów typu 1, typu 2 i typu 3 oraz sprawności poszczególnych elementów tych pojazdów i czy wyniki mieściłyby się w granicy tolerancji wynikającej z wszelkich istniejących na dzień składania ofert rozwiązań techniczno - technologicznych dotyczących pojazdów szynowych,

przy zastrzeżeniu dochowania przez biegłego lub instytut naukowy tajemnicy przedsiębiorstw wykonawców, w szczególności Skoda i Odwołującego oraz sporządzenia opinii w taki sposób, aby nie doszło do ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

w przypadku posłużenia się takimi informacjami - wyodrębnienia ich w osobnych

załącznikach

do opinii;

- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej sporządzonej przez dr inż. J. B. oraz inż. M. B. (dalej: „Opinia nr 1”) na następujące okoliczności:
- podania przez Skoda wartości zużycia energii rażąco nieadekwatnej do parametrów tramwajów zaoferowanych przez Skoda, w szczególności do zadeklarowanej masy pojazdów i sprawności poszczególnych elementów,
 - niemożliwości osiągnięcia zadeklarowanego przez Skoda parametru zużycia energii dla pojazdu typu 1, typu 2 i typu 3 zaoferowanego przez Skoda, przy uwzględnieniu założeń wynikających z SIWZ, w tym w szczególności założeń wynikających z Instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „zużycie energii” (Załącznik nr 4 do Rozdziału IV SIWZ oraz pytania i odpowiedzi w tym zakresie),
 - podania przez Skoda nieprawdziwego i niewiarygodnego parametru zużycia energii,
 - podania przez Skoda dowolnego, tj. nieuwzględniającego założeń wynikających z SIWZ, parametru zużycia energii;
- c) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej sporządzonej przez firmę Hveobuiveo Enaineerina Co. Ltd, z siedziba w Korei Południowej (dalej: „Opinia nr 2”) na okoliczności wskazane w pkt III ppkt 4 lit. b powyżej,
- d) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania, a w szczególności z:
- Protokołu oświadczenia sporządzonego w formie aktu notarialnego w dniu 21 sierpnia 2017 przez notariusza Gabrielę Walewską w Kancelarii Notarialnej przy ul. Naruszewicza Nr 30 lok. 31, 02-626 Warszawa, Rep. A Nr 2746/2017 dotyczącego zawartości strony internetowej:
- <http://www.iustice.cz/Justice2/Soud/soud.asPX?o=203&i=213&k=4502&d=350677>
- wraz z załącznikami w postaci wydruków wniosków z Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Fizycznych i z Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Prawnych i ich tłumaczeniami na język polski, na okoliczność: istnienia w Republice Czeskiej osobnego rejestru karnego dla osób fizycznych i osobnego rejestru karnego dla osób prawnych, co zobowiązywało Zamawiającego do wezwania Skoda do przedstawienia wymaganej przez SIWZ: aktualnej na dzień złożenia informacji z tego rejestru w zakresie w jakim odnosi się do osób prawnych, w celu zweryfikowania braku podstaw do wykluczenia Skoda z postępowania oraz na okoliczność: możliwości wykonania przez Skoda tego wezwania.

5. Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego, w szczególności zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm przepisanych, zgodnie z rachunkiem przedłożonym najpóźniej w dniu rozprawy.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia wskazując w szczególności, że w odwołaniu kwestionuje czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej, bowiem oferta ta w rzeczywistości winna zostać odrzucona, względnie Skoda powinna zostać wykluczona z postępowania. Odwołujący kwestionuje także czynność unieważnienia postępowania, bowiem była ona wynikiem niesłusznego sklasyfikowania Skoda na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Nadto, w ocenie Odwołującego postępowanie nie powinno podlegać unieważnieniu z uwagi na istnienie niepodlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego, której cena nie przekracza kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego. Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu. Gdyby więc nie doszło do niesłusznego unieważnienia postępowania, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący miałby możliwość realizacji zamówienia. Zasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu wskazuje na to, iż Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji. Odwołujący wnosząc odwołanie nadal jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu. W wyniku sprzecznych z prawem czynności i zaniechać Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę w postaci straty znaczących środków finansowych zainwestowanych w przygotowanie oferty. Szkoda Odwołującego wyraża się także w utraconych korzyściach. Gdyby bowiem Zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy określonymi w odwołaniu, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza i dzięki temu Odwołujący mógłby uzyskać przychody z uzyskanego zamówienia. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie oraz w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu, poniósł on szkodę majątkową.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Stan faktyczny – w ramach wszczętego przez Zamawiającego postępowania zostało złożonych 5 ofert:

- 1) oferta Skoda - została wybrana jako najkorzystniejsza, zdobyła łącznie 85,712 punktów,

- 2) oferta Odwołującego - zajęła 2 miejsce w rankingu ofert, zdobyła łącznie 85,154 punktów,
- 3) oferta wykonawców występujących wspólnie: Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Owińskach i Solaris Tram Sp. z o.o. z siedzibą w Owińskach - została odrzucona,
- 4) oferta Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy - zdobyła łącznie 75,892 punkty,
- 5) oferta Alstom Konstal S.A. z siedzibą w Chorzowie - została odrzucona.

O wyborze oferty złożonej przez Skoda jako najkorzystniejszej oraz o wynikach postępowania Zamawiający zawiadomił na swojej stronie internetowej oraz za pośrednictwem poczty elektronicznej.

1. Uzasadnienie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania

Oferenci, w tym Skoda, byli zobowiązani do podania danych o zużyciu energii dla tramwaju typu 1, typu 2 oraz typu 3, mając na uwadze Instrukcję przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „zużycie energii” zawartej w załączniku nr 4 do Rozdziału IV SIWZ. Przedmiotowy parametr jest ustalany na podstawie testu stanowiącego teoretyczny przejazd tramwaju, którego ramy i założenia zostały sformułowane przez Zamawiającego. Zużycie energii jest więc określane w warunkach teoretycznych (np. ściśle określone warunki klimatyczne, ściśle określona liczba sekund postoju i otwarcia drzwi, hamowanie z maksymalną wartością hamowania roboczego do zatrzymania, maksymalna ilość płynów eksploatacyjnych pojazdu), pewne założenia do przedmiotowego testu, takie jak sprawności poszczególnych elementów pojazdów, czy też ich masa mają charakter realny, bowiem wynikają z ofert przygotowanych przez poszczególnych wykonawców. Warunki przejazdu mają charakter forsowny, a co za tym idzie, wyniki przedmiotowego testu pozwalają zorientować się Zamawiającemu, który z zaoferowanych przez wykonawców pojazdów będzie najbardziej oszczędny. Oczywiście jest jednak, iż co do zasady żaden pojazd nie będzie w rzeczywistości osiągał takiego zużycia energii jak to wynikające ze wspomnianego testu, bowiem tramwaje będą po prostu jeździły w różnych i zmiennych warunkach. Przedmiotowy parametr stanowi więc jedynie punkt odniesienia.

Odwołujący wskazała, że im większa jest masa pojazdu, tym większe jest zużycie energii potrzebnej do wprawienia pojazdu w ruch. Jakkolwiek taka teza wynika z opinii przedłożonych przez Odwołującego, to trzeba podkreślić, że jest to wiedza powszechna nabyta w toku edukacji na poziomie podstawowym. Odwołujący stoi na stanowisku, iż mając

na uwadze podaną przez Skoda masę pojazdów, nie jest możliwe osiągnięcie tak niskiego parametru zużycia energii, jak ten, który został wskazany przez Skoda.

Jak wynika z Opinii nr 1, nawet gdyby założyć najbardziej korzystne parametry wynikające z najnowszych rozwiązań technologicznych, wartość zużycia energii dla tramwajów Skoda teoretycznie możliwa do uzyskania byłaby aż o 50% wyższa niż ta, która została zadeklarowana przez Skoda. Gdyby zaś przyjąć, że tramwaje Skoda są jeszcze lżejsze niż zadeklarowała Skoda, a więc ważą na przykład tyle samo co tramwaje zaoferowane przez Alstom Konstal S.A., która to spółka znana jest na rynku jako producent najlżejszych taborów na świecie, to różnica pomiędzy najlepszym modelowym i nierealistycznym zużyciem energii tramwaju Alstom Konstal S.A. a podanym parametrem w ofercie Skody wynosiłaby 43%.

W Opinii nr 1 dokonano analizy mającej na celu ustalenie, jaka musiałaby być masa pojazdu, aby osiągnąć zużycie energii wskazane przez Skoda. Z Opinii nr 1 wynika, iż deklarowany przez Skoda parametr zużycia energii byłby możliwy do osiągnięcia jedynie w przypadku około dwukrotnie niższej masy pojazdów niż masa wskazana w ofercie Skoda, czy też w przypadku około dwukrotnego obniżenia masy najlżejszych tramwajów oferowanych na rynku światowym. Masa takiego pojazdu musiałaby bowiem wynosić zaledwie 20 ton. Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, iż znajomość przeciętnej wagi tramwaju nie jest powszechna, stąd przedstawiając sytuację obrazowo można podać przykład tira, który ważyłby tyle co fiat 126p. Zasady logicznego myślenia wskazują na to, że taka sytuacja jest niemożliwa, nawet przy uwzględnieniu wszelkich najlepszych technologii na świecie.

W odniesieniu do Opinii nr 2 - została ona przeprowadza z jeszcze bardziej korzystnymi dla Skoda założeniami niż dokonano tego w Opinii nr 1. Założono bowiem 100% odzysku energii oraz 100% sprawności elementów. Są to dane możliwe do uwzględnienia w symulacji przeprowadzonej zgodnie z Instrukcją zawartą w SIWZ, bowiem jest to symulacja matematyczna, ale faktycznie są to wartości technicznie nieosiągalne. Gdyby było to możliwe mielibyśmy do czynienia ze swoistym *perpetuum mobile*. Końcowy wniosek wynikający z Opinii nr 2: *„Wyniki znacznie różnią się od szacunkowej wartości zużycia energii podanej dla tramwaju SKODA Do symulacji przypadku 1 dla tramwaju SKODA założyliśmy maksymalnie wysoką, technicznie nieosiągalną wartość 100% odzysku energii z hamowania dla magazynu energii oraz jego 100% sprawność a także masę uzyskaną na podstawie najbardziej zbliżonego modelu tramwaju SKODA. Wynik w tym przypadku wyniósł 5110 Wh/km. Dodatkowo zastosowaliśmy masę pojazdu ALSTOM dla tych samych warunków co w Przypadku 1, a wynik symulacji dla tramwaju SKODA w tak ustalonym Przypadku 2 wyniósł 5040 Wh/km. Oba uzyskane przez nas w symulacji wyniki znacznie różnią się od szacunkowej wartości zużycia energii podanej dla tramwaju SKODA typu 1, tj. 2961 Wh/km”.*

Dla podmiotów oferujących pojazdy szynowe jest więc oczywiste, że zużycie energii wskazane przez Skoda jest po prostu niewiarygodne i nieosiągalne w warunkach określonych w Instrukcji zawartej w SIWZ. Wskazują na to nie tylko dowody przedstawione w odwołaniu, ale także fakt, iż wszyscy oferenci poza Skoda uzyskali zbliżoną punktację w zakresie zużycia energii. Tymczasem Skoda podała parametr zużycia energii znacząco odbiegający od pozostałych oferentów. Nie można jednak twierdzić, że Skoda zaoferowała Zamawiającemu tramwaje o lepszych parametrach technicznych, bowiem parametry te są po prostu nieprawdopodobne przy masie pojazdów podanej przez Skoda, a w konsekwencji są fałszywe. W obu prezentowanych przez Odwołującego opiniach dokonano bowiem symulacji zakładających teoretycznie najlepsze możliwe do zastosowania technologie i każdy wynik tych symulacji znacząco odbiega od deklaracji Skoda zawartej w ofercie. W ocenie Odwołującego skoro Skoda podała parametr zużycia energii o wartości nieprawdopodobnej, niewiarygodnej i fałszywej, należy uznać, że stosując taki zabieg wpłynęła na ocenę kryterium zużycia energii i dokonała swoistej manipulacji kryteriami oceny ofert.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż oferta Skody została tak skalkulowana, że przy podaniu wysokiej ceny, której waga przy ocenie ofert wynosi 53% i jednoczesnym wskazaniu bardzo niskiego parametru zużycia energii, którego waga ocenna wynosi zaledwie 9%, oferta Skoda została wybrana jako najkorzystniejsza. Tego typu zabieg pozwala na uzyskanie zamówienia przy oferowaniu bardzo wysokiej ceny i stosunkowo niskich ocenach innych parametrów. Co więcej, spośród wszystkich kryteriów określonych przez Zamawiającego ten omawiany nadawał się do zastosowania wspomnianej manipulacji najlepiej, bowiem wykonawca stosujący tego typu praktykę może twierdzić, że po prostu posiada technologię znacznie wykraczającą poza możliwości konkurentów. Nie bez znaczenia dla ewentualnej obrony takiego wykonawcy przed zarzutem manipulacji jest także ewentualne twierdzenie, iż zużycie energii było podawane na podstawie teoretycznych i symulacyjnych wyliczeń, więc parametr ten nie będzie korespondował z wynikiem empirycznym, gdyby dany tramwaj finalnie powstał. Manipulujący kryteriami wykonawca może więc twierdzić nie tylko, że posiada najlepszą technologię, ale również że w symulacji bierze się pod uwagę wiele zmiennych, które pozwolą na uzyskanie deklarowanego wyniku.

Uprzedzając więc tego typu retorykę Odwołujący:

- po pierwsze wskazuje, iż każde kryterium określone przez Zamawiającego musi być i jest weryfikowalne. Możliwe jest więc ustalenie, w jaki sposób parametr zużycia energii został ustalony przez Skoda. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia

2016 roku, sygn. akt: KIO 2167/16, w którym za zasadne uznano odrzucenie oferty wykonawcy, który w sposób nieprawidłowy obliczył parametr zużycia energii,

- po drugie warto zauważyć, że opinie, na które powołuje się Odwołujący zostały wykonane według założeń najbardziej korzystnych dla Skoda i w zasadzie nierealistycznych, a możliwych do zastosowania jedynie w modelu matematycznym. Trzeba ponownie podkreślić, iż założenia te dotyczą także kwestii technologicznych. Nawet więc przy takich założeniach okazało się, że zużycie energii podane przez Skoda jest niemożliwe do osiągnięcia. W przedmiotowej sprawie mamy więc do czynienia z rażącym zaniżeniem parametru, który ze względu niską wagę procentową, nie powinien być najważniejszy dla Zamawiającego, a jednak stał się przysłowiowym jęczyzkiem uwagi w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że zwiększając deklarowane przez Skoda zużycie energii o zaledwie 19% (co i tak jest wartością niemożliwą do osiągnięcia zakładając postępowanie zgodne z Instrukcją zawarta w SIWZ) oferta Odwołującego uzyskałaby najwięcej punktów i okazałaby się najkorzystniejsza. Ta okoliczność obrazuje jak bardzo został zaniżony parametr Skoda i jak duży miał on wpływ na wybór najlepszej oferty. Odwołujący powołując się na artykuł J. K. wskazał, że w przypadku manipulacji podlegającymi ocenie elementami ofert: *„(...) nie chodzi o zwykłą optymalizację, lecz o ukształtowanie parametrów oferty w sposób sprzeczny z przyjętą na danym rynku praktyką (w szczególności nieuzasadnione względami technicznymi), które skutkują szczególnie korzystną oceną w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów i ich wag. (...) Jeśli dodatkowo pozacenowemu kryterium zamawiający przyznałby istotną wagę, najprawdopodobniej byłby zmuszony do wyboru oferty, która wcale nie zaspokaja najlepiej jego uzasadnionych potrzeb, a jej decydującą przewagą jest parametr o wartości, której praktyczne znaczenie jest dla zamawiającego znikome”*. Zadeklarowanie nieprawdziwego i niewiarygodnego zużycia energii determinuje stwierdzenie, że oferta Skoda jedynie z pozoru wydaje się najkorzystniejsza, co doprowadziło do sytuacji, w której oferenci tacy jak Odwołujący zostali pozbawieni możliwości konkurowania w przedmiotowym przetargu, choć postępowali zgodnie z wymogami SIWZ

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że w postępowaniu doszło do naruszenia dobrych obyczajów, a w konsekwencji naruszenia interesu Odwołującego wyrażającego się w uniemożliwieniu konkurowania ze Skoda, wyboru jego oferty i niejako zmuszeniu Zamawiającego do wyboru oferty Skoda, która w rzeczywistości nie jest najkorzystniejsza. Odwołujący stoi na stanowisku, że zachowanie Skoda wypełnia więc hipotezę normy wynikającej z art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy, a także z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy. Z treści art. 89

ust. 1 pkt 3 ustawy wynika, że Zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać, czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 stycznia 2015 roku, sygn. akt: KIO 18/15). Mając więc na uwadze, że Odwołujący wykazał, że Skoda dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji, naruszeniem Zamawiającego było zaniechanie odrzucenia oferty. Jak bowiem pisał J. K.: *zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, gdy ustali, że jej treść nie została ukształtowana w sposób zwyczajowo przyjęty na danym rynku, co nie wynika z indywidualnej (autorskiej) metody przygotowania oferty, lecz polega wyłącznie na technicznej manipulacji parametrami oferty wykorzystującej relacje pomiędzy kryteriami oceny*".

Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający nie zaniechał zastosowania art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy, to oferta Odwołującego zostałaaby oceniona najwyżej i wybrana jako najkorzystniejsza, a w związku z tym, iż zaproponowana przez Odwołującego cena mieści się w budżecie Zamawiającego, brak byłoby podstaw do unieważnienia postępowania i potrzeby Zamawiającego zostałyby spełnione. Niezależnie od zarzutu z pkt II ppkt 1 *petitum* odwołania Odwołujący zwrócił uwagę na to, że powyżej opisane zachowanie Skoda można kwalifikować jako chęć bezprawnego (bo sprzecznego z przepisami ustawy oraz UZNK) wpłynięcia na czynność Zamawiającego celem uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w postępowaniu (przewaga punktowa, a przez to zagwarantowania sobie wyboru oferty).

Odwołujący w tym miejscu zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Skoda, pomimo że wykonawca ten w sposób bezprawny wpływał na czynności Zamawiającego celem uzyskania przewagi w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niewiarygodne przedstawienie jednego z elementów oferty podlegającej ocenie przez Zamawiającego było bowiem zdeterminowane chęcią uzyskania jak najwyższej punktacji, a w konsekwencji dokonaniem wyboru oferty Skoda jako najkorzystniejszej. I to Skoda uczyniła skutecznie.

2. Uzasadnienie zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania

Odwołujący niezależnie od powyższego zarzutu, mając na uwadze konstatację, że parametr zużycia energii jest nieprawdziwy oraz niespójny z pozostałymi danymi oferty Skoda, takimi jak na przykład zadeklarowana masa pojazdów, zasadne jest twierdzenie, iż Skoda *de facto* nie zastosowała się do Instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „Zużycie energii” znajdującej się w Załączniku nr 4 do Rozdziału IV SIWZ, co świadczy o tym, że przedmiotowa oferta została sporządzona w inny sposób niż żądał tego Zamawiający, a w zasadzie w sposób nieadekwatny do jego wymagań. Gdyby bowiem

Skoda zastosowała się do Instrukcji Zamawiającego, parametr zużycia energii byłby znacząco wyższy i zbliżony do wartości podanych przez konkurencję. Tymczasem wartość podana przez Skoda wskazuje na to, iż została ona podana w sposób całkowicie dowolny. Odwołujący wskazał, że jakkolwiek producent taboru nie byłby w stanie zaproponować tramwaju opisanego w SIWZ o tak niskim zużyciu energii jak zadeklarowała Skoda. Odwołujący podniósł powołując się na Opinię nr 1, że deklarowane zużycie byłoby ewentualnie możliwe, gdyby tramwaj ważył około 20 ton. Tymczasem tramwaj o takiej wadze nigdy nie powstał, a jego wyprodukowanie jest po prostu obiektywnie niemożliwe. Masa któregośkolwiek typu tramwaju Skoda jest dużo większa niż podana w poprzednim zdaniu wartość. Skoda jako podmiot profesjonalny winna posłużyć się Instrukcją wskazaną w SIWZ w sposób rzetelny i skrupulatny, bowiem tylko w takim przypadku uzyskany wynik nie rodziłby wątpliwości co do tego, czy Skoda w ogóle postąpiła zgodnie z zapisami SIWZ. Błędem Zamawiającego było nieodrzućenie oferty Skoda jako sporządzonej w sposób dowolny i niezgodny z SIWZ w zakresie określenia i podania parametru zużycia energii. Gdyby Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty Skoda na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy to oferta Odwołującego otrzymałaby najwięcej punktów i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji nie doszłoby do unieważnienia postępowania.

Niezależnie od zarzutu z pkt II ppkt 2 odwołania należy zauważyć, że dowolne i niewiarygodne określenie parametru zużycia energii przez Skoda stanowi o nierzetelności i braku staranności w przygotowaniu oferty. Takie zachowanie z pewnością można uznać za niedbalstwo lub lekkomyślność. Z kolei znacznie zaniżony parametr zużycia energii bez wątplenia wprowadził w błąd Zamawiającego co do tego, że zaoferowane tramwaje Skoda będą zużywać mało energii. Skutkiem tego było niesłuszne przyznanie 9 punktów na rzecz Skoda w odniesieniu do przedmiotowego kryterium, co miało wpływ na wybór najlepszej oferty. Z tego względu Odwołujący zarzuca art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Skoda. Gdyby Skoda została wykluczona na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a ze względu na fakt, iż cena zaoferowana przez Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego, nie doszłoby do unieważnienia postępowania.

3. Uzasadnienie zarzutu nr 3 z *petitom* odwołania

W związku z powyższym, niezależnie od tego, czy oferta Skoda powinna zostać odrzucona czy też podmiot ten powinien zostać wykluczony, za zasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy. Błędem Zamawiającego było bowiem wybranie jako najkorzystniejszej oferty Skoda w sytuacji, gdy

oferta ta została sformułowana w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz nie spełniała wymogów SIWZ w zakresie określenia zużycia energii. Konsekwencją tego uchybienia było bezpodstawne unieważnienie postępowania, podczas gdy prawidłowe procedowanie Zamawiającego doprowadziłoby do wyboru oferty Odwołującego.

4. Uzasadnienie zarzutu nr 4 z *petitom* odwołania

Jako zarzut dodatkowy i ewentualny Odwołujący wskazał naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy. Gdyby bowiem Zamawiający zażądał wyjaśnienia oferty Skoda w zakresie określenia parametru zużycia energii, doszedłby do wniosku, że wartość podana przez Skoda jest rażąco zaniżona, co prowadzi do wniosku, iż oferta winna zostać odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy lub art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zastosowanie tego przepisu ma charakter fakultatywny, to Odwołujący podał, że skoro wartość parametru zużycia energii zadeklarowanego przez Skoda tak bardzo odbiegała od wartości podanych przez innych konkurentów, Zamawiający jako profesjonalista na rynku pojazdów szynowych, winien powziąć wątpliwość co do możliwości uzyskania tak niskiego zużycia energii, a w konsekwencji zażądać wyjaśnień od Skoda. Istniały więc przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy przez Zamawiającego. Podnosząc przedmiotowy zarzut, zakwestionował Odwołujący prawdziwość parametru zużycia energii podanego przez Skoda i podtrzymał swą argumentację w zakresie popełnienia przez Skoda czynu nieuczciwej konkurencji i podania przedmiotowego parametru niezgodnie z SIWZ. Z tego też względu konsekwencją niezastosowania art. 87 ust. 1 ustawy było prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) oraz wybór oferty niezgodnej z SIWZ (art. 82 ust. 3 ustawy). Finalnym uchybieniem było zaś naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy i niezasadne unieważnienie postępowania. Gdyby Zamawiający odrzucił ofertę Skoda, najlepiej ocenioną ofertą byłaby oferta Odwołującego i zostałaaby ona wybrana jako najkorzystniejsza.

5. Uzasadnienie zarzutu nr 5 z *petitom* odwołania

Fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, która została wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy - nie ujawnia się jedynie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Z art. 96

ust. 2 i 3 ustawy wynika z kolei, że protokół z postępowania przetargowego wraz z załącznikami jest jawny, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, załącznikami do protokołu są m.in. oferty, opinie biegłych, oświadczenia, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 roku, poz. 1128) Zamawiający niezwłocznie udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek wnioskodawcy. Wniosek został złożony po wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej i unieważnieniu postępowania przez Odwołującego, a następnie również przez osobę upoważnioną do działania w imieniu Odwołującego.

Dowód: dokumentacja znajdująca się w aktach Postępowania.

Po wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej i unieważnieniu postępowania, Odwołującemu nie został udostępniony pełen komplet załączników do protokołu postępowania z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa niektórych dokumentów, co w ocenie Odwołującego było niezgodne z prawem. Z chwilą zaniechania ich udostępnienia przez Zamawiającego (16 sierpnia 2017 roku) rozpoczął bieg termin na zaskarżenie tej czynności. Na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zapadłego na tle stosowania art. 96 ust. 3 PZP zasadą jest, że o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można w sposób pewny mówić dopiero od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej (wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 roku, sygn. akt: KIO 421/17). Jak wynika z treści protokołu postępowania, nieudostępnione załączniki do Protokołu zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tak samo jako nieudostępniona Odwołującemu informacja banku wraz z tłumaczeniem przedłożona przez Skoda w wykonaniu wezwania Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku, co wynika ze spisu treści dokumentów przedłożonych przez Skoda w jego wykonaniu.

Utajnione przez Zamawiającego załączniki do protokołu postępowania (skatalogowane pod poz. 37,40,53,60,65,66,97,98 i 100) stanowią:

- pisma Zamawiającego skierowane do Skoda z wezwaniem do złożenia wyjaśnień i uzupełnień oferty pisma Skoda skierowane do Zamawiającego w odpowiedzi na te wezwania (pismo Zamawiającego do wykonawcy Skoda z dnia 05.06.2017 r. - prośba o wyjaśnienie oferty (znak: TW.DNZ.261-58.2118.2017; pkt 37 protokołu Postępowania); pismo Skoda do Zamawiającego z dnia 09.06.2017 r. - wyjaśnienie oferty w odpowiedzi

na wezwanie z dnia 05.06.2017 r. (pkt 40 protokołu Postępowania); pismo Zamawiającego do wykonawcy Skoda z dnia 13.06.2017 r. - wezwanie do wyjaśnienia oferty (znak: TW.DNZ.261-58.2237.2017; pkt 53 protokołu Postępowania); pismo Skoda do Zamawiającego z dnia 22.06.2017 r. - wyjaśnienie oferty w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13.06.2017 r. (pkt 60 protokołu Postępowania); pismo Zamawiającego do wykonawcy Skoda z dnia 28.06.2017 r. - wezwanie do wyjaśnień pisma Skoda z dnia 22.06.2017 r. (znak: TW.DNZ.261-58.2469.2017; pkt 65 protokołu Postępowania); pismo Skoda do Zamawiającego z dnia 30.06.2017 r. - wyjaśnienia na wezwanie pismem z dnia 28.06.2017 r. (znak: TW.DNZ.261 -58.2469.2017; pkt 66 protokołu Postępowania); pismo Skoda do Zamawiającego z dnia 07.08.2017 r. - uzupełnienie dokumentów w odpowiedzi na pismo z dnia 27.07.2017 r. (znak: TW.DNZ.261-58.2831.2017; pkt 97 protokołu Postępowania); pismo Zamawiającego do wykonawcy Skoda z dnia 09.08.2017 r. - wezwanie do wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentów (znak: TW.DNZ.261-58.3005.2017; pkt 98 protokołu Postępowania); pismo wykonawcy Skoda do Zamawiającego z dnia 10.08.2017 r. - odpowiedź na pismo z dnia 09.08.2017 r., znak: TW.DNZ.261-58.3005.2017 (pkt 100 protokołu Postępowania)),

- przedłożony przez Skoda dokument potwierdzający spełnienie jednego z warunków udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (określony w pkt 7.3.1.2. SIWŻ), w postaci informacji banku wraz z tłumaczeniem (Pismo z dnia 7.08.2017 r. Wykonawcy Skoda Transportation a.s. - uzupełnienie dokumentów w odpowiedzi na pismo TW.DNZ.261-58.2831.2017 z dnia 27.07.2017 r.).

W ocenie Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw do objęcia informacji zawartych w wyżej wskazanych dokumentach tajemnicą przedsiębiorstwa, z następujących względów:

- 1) zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy, powinno podlegać wąskiej interpretacji. Znajduje to potwierdzenie w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej;
- 2) na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy zastrzeżeniu podlegają wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie w świetle art. 11 ust. 4 UZNK mogą to być jedynie nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Na gruncie powyższego należy wskazać, że utajnieniu nie podlegają wszystkie informacje zawarte w dokumentach, a jedynie te informacje w nich zawarte, które zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 3) informacje zawarte w wyżej wskazanych dokumentach nie spełniają kryteriów, o których mowa w pkt 2 powyżej, bowiem:

- a) w odniesieniu do utajnionej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Skoda odnoszącej się do wezwań do wyjaśnień i uzupełnień oferty, Odwołujący w uzasadnieniu wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2013 roku, sygn. akt: KIO 2525/13,
- b) w odniesieniu do utajnionego dokumentu przedłożonego przez Skoda na potwierdzenie spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (określonego w pkt 7.3.1,2. SIWZ). w postaci informacji banku wraz z tłumaczeniem, Odwołujący uzasadnieniu wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2010 roku, sygn. akt: KIO/UZP/133/10 oraz wyrok z dnia 4 kwietnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP/255/08.

Wobec zastrzeżenia pism Zamawiającego do Skoda, Odwołujący nie ma możliwości weryfikacji, jakie elementy oferty tego wykonawcy faktycznie budziły wątpliwości Zamawiającego i w efekcie wymagały skierowania wyjaśnień do tego wykonawcy. Odwołujący może się jedynie domyślać lub przypuszczać, na podstawie własnej weryfikacji treści oferty Skoda w zakresie w jakim oferta ta jest jawna, co mogło być przedmiotem wezwań Zamawiającego skierowanych do Skoda. W efekcie możliwość skutecznej weryfikacji i potencjalnego kwestionowania zgodności oferty Skoda z wymaganiami Zamawiającego ulega istotnemu ograniczeniu. Nie sposób natomiast odbierać wykonawcom dostępu do takich informacji, jeżeli te odnoszą się do wymagań Zamawiającego. Zastrzeżenie treści pism Zamawiającego skierowanych do Skody stanowi natomiast takie właśnie ograniczenie możliwości weryfikacji oferty Skoda. Działanie to stanowi jednocześnie o naruszeniu przez Zamawiającego zasady prowadzenia Postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Na tle art. 8 ust. 2 ustawy Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach wskazanych w ustawie, co znajduje wyraz m.in. w art. 8 ust. 3 i ust. 4 ustawy. Zgodnie z tym ostatnim przepisem, jeżeli jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym, Zamawiający może nie ujawniać: (i) danych osobowych, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy; (ii) wysokości wynagrodzenia, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy; w zakresie dostaw lub usług z określonego w tym przepisie zakresu działalności, o ile wykonawca, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępniane.

Żaden przepis ustawy nie umożliwia natomiast Zamawiającemu utajniania wszystkich informacji zawartych w pismach kierowanych do wykonawców w ramach prowadzonego postępowania, co wyraża się również we wspomnianej już wyżej zasadzie zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. Co więcej należy wskazać, że z literalnego brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy wynika, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się wyłącznie do zastrzeżenia czynionego w tym zakresie przez wykonawców, a nie Zamawiającego jako podmiotu gospodarującego środkami publicznymi. Co więcej, przemawia za tym również wykładnia celowościowa. Dopuszczenie bowiem możliwości zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w pismach kierowanych przez Zamawiającego do wykonawców w toku postępowania uniemożliwiłoby dokonanie weryfikacji takich zastrzeżeń pod względem dopuszczalności i zasadności (Zamawiający samodzielnie weryfikowałby własne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Jednakowoż Odwołujący ma świadomość, że prawo do informacji publicznej może podlegać ograniczeniom w zakresie i na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej, ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych oraz przepisach innych ustaw o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. Tym niemniej, zastrzeżenie przez Zamawiającego wszystkich informacji zawartych w całych dokumentach, jeżeli nie zawierają one wyłącznie fragmentów podlegających ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie jest niczym uzasadnione.

Stanowisko dotyczące konieczności „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo: w wyroku z dnia 2 marca 2015 roku, sygn. akt: KIO 279/15, w wyroku z dnia 2 marca 2015 roku, sygn. akt: KIO 291/15, w wyroku z dnia 3 kwietnia 2015 roku, sygn. akt KIO 561/15, w wyroku z dnia 25 stycznia 2016 roku, sygn. akt KIO 34/16 oraz w wyroku z dnia 6 maja 2015 roku, sygn. akt: KIO 807/15.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony zbyt szeroko zastosował klauzulę zachowania informacji w poufności z art. 8 ust. 3 ustawy. W świetle powyższego za zasadny należy więc uznać wniosek Odwołującego o zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w ww. pismach Zamawiającego i Skoda oraz w dokumencie stanowiącym informację banku przedłożonym przez Skoda w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a w konsekwencji odtajnienie tych informacji, które nie spełniają cech tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie na rozprawie dowodów z odtajnionej części pism Zamawiającego do Skoda, odpowiedzi Skoda na te pisma oraz z dokumentu stanowiącego informację banku wraz z tłumaczeniem, które zostały przedłożone na wezwanie Zamawiającego przez Skoda.

6. Uzasadnienie zarzutu nr 6 z *petitum* odwołania

Pismem z dnia 27 lipca 2017 roku Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, wezwał Skoda do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w Rozdziale I SIWZ, potwierdzających m.in. okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 SIWZ, czyli dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Jak wskazał Zamawiający chodzi o dokumenty, o których mowa w Rozdziale I SIWZ pkt 7.4-7.5 w związku z pkt 7.3.2. (zob. pkt III pisma Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku, znak: DZN.261- 58.2831.2017.HMM.OJ).

Jednocześnie Zamawiający wskazał Skoda, że należy złożyć: „1) *informacje z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13 lit a-c, 14 (w odniesieniu do przestępstwa, o którym mowa w pkt 13 lit a-c) ustawy Pzp; ww. dokumenty powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (ze złożonego wraz z Ofertą tłumaczenia „Wypisu z listy kwalifikowanych dostawców” nie wynika, że obejmuje on osoby sprawujące wyżej wymienione funkcje); (...)*” (zob. pkt III ppkt 1 pisma Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku).

Zgodnie z pkt 7.8.4. Rozdziału I SIWZ wymienione w punkcie 7.3.2. dokumenty, powinny być złożone przez każdego wykonawcę. Tym samym Zamawiający nie może odstąpić od wezwania do złożenia niektórych z wymaganych dokumentów, mających na celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku jednak z tym, że oferta Skoda została oceniona najwyżej, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał tylko tego wykonawcę do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. Wezwanie to powinno jednak dotyczyć wszystkich wymaganych w postępowaniu dokumentów. Wobec powyższego należy wskazać, że Zamawiający bezzasadnie zaniechał wezwania Skoda do złożenia informacji z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (tu: Republika Czeska), w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz

ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku Skoda przedłożyła informacje z Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Fizycznych wraz z tłumaczeniami na język polski, wystawionymi dla członków zarządu oraz członków rady nadzorczej Skoda.

Dowód: - wyciągi z Ewidencji Rejestru Karnego Osób Fizycznych - w aktach postępowania.

Odwołujący wskazał, że w Republice Czeskiej istnieje zarówno Rejestr Karny Osób Fizycznych jak i Rejestr Karny Osób Prawnych (źródło: strona internetowa Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Czeskiej url: <http://www.iustice.cz>. a formularze wniosków dla otrzymania informacji dla osób fizycznych bądź osób prawnych dostępne są w następującej zakładce, url:

<http://www.iustice.cz/Justice2/Soud/soud.aspx?o=203&i=213&k=4502&d=350677>).

Dowody:

- Protokół oświadczenia sporządzonego w formie aktu notarialnego w dniu 21 sierpnia 2017 przez notariusza G. W. w Kancelarii Notarialnej przy ul. Naruszewicza Nr 30 lok. 31, 02-626 Warszawa, Rep. A Nr 2746/2017 dotyczącego zawartości strony internetowej:

<http://www.iustice.cz/Justice2/Soud/soud.aspx?o=203&i=213&k=4502&d=350677>

wraz z załącznikami w postaci wydruków wniosków z Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Fizycznych i z Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Prawnych i ich tłumaczeniami na język polski - Załącznik Nr 7 do odwołania.

Powyższe oznacza, że Skoda miała możliwość przedstawienia w ramach postępowania informacji z rejestru karnego nie tylko osób fizycznych, ale także informacji z rejestru karnego osób prawnych o braku wydania wobec niej zakazu ubiegania się o udzielenie zamówień publicznych. Tym niemniej, pomimo tego, Zamawiający zaniechał wezwania Skoda do przedłożenia takiego dokumentu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu we wskazanym zakresie. Należy przy tym tylko wspomnieć, że wobec istnienia ww. Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Prawnych, brak jest przesłanek dla ewentualnego przedkładania dokumentu równoważnego albo, w braku i takiego dokumentu, oświadczenia wykonawcy złożonego przed notariuszem lub właściwym organem zgodnie z pkt. 7.4 lub 7.5. Rozdziału I SIWZ.

Z ostrożności Odwołujący jednocześnie sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Skoda z postępowania, pomimo braku przedłożenia wskazanego wyżej dokumentu przez Skoda (informacji w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 21 PZP) w sytuacji, jeżeli (o ile) doszło do wezwania Skoda we właściwym trybie do złożenia

dokumentu z odpowiedniego rejestru w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy (o ile Zamawiający twierdziłby, że jego wezwanie z dnia 27 lipca 2017 roku swoim zakresem obejmowało także informację w tym zakresie, na co może wskazywać bardzo generalne stwierdzenie co do wymaganych dokumentów zawarte na początku pkt III tegoż pisma, tj. „dokumentów, o których mowa w rozdziale I SIWZ pkt 7.4-7.5 w związku z pkt 7.3.2.”). Zarzut ten jest formułowany z ostrożności, albowiem Odwołujący nie ma wiedzy jaki był zakres wezwania Zamawiającego skierowanego do Skoda w piśmie z dnia 9 sierpnia 2017 roku, znak: TW.DNZ.261-58.3005.2017, do wyjaśnień lub uzupełnień złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy dokumentów (pismo to opatrzone jest klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, co stanowi już przedmiot zarzutu zawartego w punkcie II.5 niniejszego odwołania). Tym niemniej, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że jeżeli wezwanie to dotyczyło również wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień dotyczących przedłożenia informacji z odpowiedniego rejestru karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, tj. odpowiednio w tym przypadku Wyciągu z Ewidencji Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Prawnych, to dokument ten powinien zostać uznany w niniejszym postępowaniu za jawny, analogicznie jak w przypadku Wyciągów z Ewidencji Rejestru Karnego Osób Fizycznych.

Odwołujący wnioskuje, niezależnie od zarzutu zawartego w punkcie II.5 odwołania, że w takim przypadku (o ile miało to miejsce), Skoda nie wywiązała się z obowiązku złożenia rzeczonoego dokumentu, a w konsekwencji powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, a jej oferta zasługiwała na odrzucenie na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

7. Uzasadnienie zarzutu nr 7 z *petitum* odwołania

Zamawiający miał obowiązek zadbać o to, aby zweryfikować czy wykonawca, którego oferta uzyskała najwyższą ocenę w postępowaniu nie podlegał wykluczeniu przez cały okres jego trwania, co najmniej od złożenia przez niego oferty do dokonania jej oceny przez Zamawiającego.

Wynika to dość jednoznacznie zarówno z przepisów aktualnie obowiązującej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, jak i z przepisów ustawy. Z tego także należy wyprowadzać obowiązek Zamawiającego żądania potwierdzenia aktualności dokumentów przez tego wykonawcę. Zamawiający winien bowiem uczynić wszystko, aby decyzje w stosunku do wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, były podejmowane w oparciu o aktualne dokumenty. Tak więc wcześniejsze złożenie przez Skoda przy ofercie dokumentu pn. „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4

kwietnia 2017 roku wraz z tłumaczeniem, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w pozostałym zakresie określonym w SIWZ, nie mogło zwalniać Zamawiającego z upewnienia się czy informacje zawarte w tym dokumencie są nadal aktualne. Zamawiający miał obowiązek potwierdzenia aktualności tego dokumentu wobec tego, że wszedł w jego posiadanie wcześniej niż przed momentem wskazanym w art. 26 ust. 1 ustawy i to niezależnie od tego, czy istniała podstawa prawna do wcześniejszego przekazania tego dokumentu. Tylko w taki sposób Zamawiający miał możliwość uzyskania wiedzy, że dokonuje wyboru oferty wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu przez cały okres trwania postępowania i nie podlega wykluczeniu także w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stąd też, pismem TW.DNZ.261-58.2831.2017 z dnia 27 lipca 2017 roku Zamawiający wezwał Skoda (vide: pkt IV.3 c tego pisma) do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w tym dokumencie. Ze spisu treści dokumentów przedstawionych przez Skoda w odpowiedzi na te pismo wynika, że Skoda przedstawiła odpis z listy kwalifikowanych dostawców wraz z tłumaczeniem przysięgłym (s.60). Z treści tego dokumentu wynika, że stanowi „Odpis pełny z listy kwalifikowanych dostawców” wystawiony w dniu 4 kwietnia 2017 roku. Niezależnie od różnic w nazwach: dokumentu załączonego przez Skoda do oferty („Wypis z listy kwalifikowanych dostawców”) oraz dokumentu przedstawionego przez Skoda na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku („Odpis pełny z listy kwalifikowanych dostawców”) oraz ich objętości, zauważyć należy, że obydwa dokumenty (zarówno ten załączony do oferty, jak i ten złożony na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku) zostały wystawione w tej samej dacie, tj. 4 kwietnia 2017 roku. Należy wykluczyć możliwość potwierdzenia aktualności informacji zawartych w dokumencie „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku przez przedłożenie dokumentu wystawionego w tej samej dacie pn. „Odpis pełny z listy kwalifikowanych dostawców”. W oparciu o dokument z tej samej daty Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy informacje zawarte w „Wypisie z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku, załączonym do oferty, są aktualne kilka miesięcy po tym jak przyznał ofercie Skoda najwyższą ocenę, a tym samym czy nadal potwierdzają brak podstaw wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Pomiędzy 4 kwietnia 2017 roku a 27 lipca 2017 roku mogło dojść do istotnej zmiany informacji zawartych w tym dokumencie, mającej wpływ na ocenę podstaw wykluczenia Skoda z postępowania.

W wyniku braku potwierdzenia przez Skoda aktualności informacji zawartych w dokumencie „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku, załączonym do oferty, Zamawiający nie dysponował wystarczającą i pewną wiedzą, aby ocenić czy

doszło do takiej zmiany, a w konsekwencji tego czy zachodzi brak podstaw do wykluczenia Skoda z postępowania w zakresie, w jakim te informacje miałyby wynikać z dokumentu „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców”.

Ewentualna możliwość uzyskania przez Zamawiającego potwierdzenia tych informacji we własnym zakresie, niezależnie od kwestii wiarygodności uzyskanego w ten sposób potwierdzenia, niewiele ma wspólnego z prowadzeniem sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które co do zasady powinno być prowadzone z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1 ustawy) i w języku polskim (art. 9 ust. 2 ustawy). Zasada pisemności wyraża się w tym, że wszelkie czynności powinny być podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania w formie pisemnej, co ma służyć realizacji zasady jawności postępowania i zachowaniu jego przejrzystości. Z kolei, prowadzenie postępowania w języku polskim obiguje wykonawców do dostarczania Zamawiającemu wszelkich dokumentów, niezależnie od formy w jakiej zostały sporządzone, w języku polskim lub w języku obcym z tłumaczeniem na język polski. Nieuczynienie zadość tym wymaganiom przez wykonawcę winno skutkować stwierdzeniem, że nie spełnia on merytorycznych wymogów ustawy oraz SIWZ. W konkluzji należałoby wskazać, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 lipca 2017 roku Skoda nie dostarczyła Zamawiającemu ani nie zapewniła Zamawiającemu dostępu do sporządzonego w języku polskim dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie w jakim mogłoby to ewentualnie wynikać z „Wypisu z listy kwalifikowanych dostawców”.

Wobec tego zaniechania Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Skoda z postępowania, po bezskutecznym upływie wyznaczonego dodatkowego terminu na potwierdzenie aktualności informacji, objętych treścią pierwszego wezwania skierowanego do Skoda w dniu 27 lipca 2017 roku.

Zweryfikowanie przez Odwołującego czy Zamawiający ponownie wezwał Skoda do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w dokumencie „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku oraz jakie było stanowisko Skoda w tym zakresie, nie jest w chwili obecnej możliwe, bowiem dalsza korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Skoda dotycząca wezwania do wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentów i odpowiedzi Skoda na te wezwanie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W wykazie załączników do Protokołu postępowania, udostępnionego Odwołującemu przez Zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej, pod pozycją 98 widnieje: „Pismo TW.DNZ.261-58.3005.2017 z dnia 9.08.2017 do Wykonawcy Skoda Transportation a.s. - wezwanie do wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentów wraz z potwierdzeniem wysłania - tajemnica przedsiębiorstwa.” Z kolei pod pozycją oznaczoną numerem 100 w wykazie

załączników do przedmiotowego Protokołu wskazano dokument pn. „Pismo z dnia 10.08.2017 r. Wykonawcy Skoda Transportation a.s. - na pismo TW.DNZ.261-58.3005.2017 z dnia 9.08.2017 r. - tajemnica przedsiębiorstwa.”

Z powyższego można wywieść wniosek, że po pierwszym wezwaniu z dnia 27 lipca 2017 roku Zamawiający skierował do Skoda drugie wezwanie, na które Skoda odpowiedziała jeden dzień później.

W związku z tym, można postawić dwie dość prawdopodobne tezy:

- 1) w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 sierpnia 2017 roku Skoda nie potwierdziła Zamawiającemu aktualności informacji zawartych w dokumencie „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku w wymagany sposób (w języku polskim), albo/i
- 2) informacje zawarte w dokumentach oznaczonych numerami 98 i 100 w wykazie załączników do protokołu postępowania nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji tego Zamawiający naruszył przepisy prawa wskazane w zarzucie II. 5 *petitum* niniejszego odwołania w wyniku zaniechania ich odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu (a następnie osobie działającej z upoważnienia Odwołującego) na ich kolejne żądania.

Gdyby bowiem Skoda potwierdziła Zamawiającemu aktualność informacji zawartych w dokumencie „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku w wymagany sposób (w języku polskim), nie byłoby podstaw ku temu, aby Zamawiający nie odtajnił wyżej wskazanych pism z dnia 9 sierpnia i 10 sierpnia 2017 roku. Informacje wynikające z dokumentów - datowanych na dzień 4 kwietnia 2017 roku („Wypis z listy kwalifikowanych dostawców”, „Odpis pełny z listy kwalifikowanych dostawców”) zostały udostępnione Odwołującemu - wraz z ofertą Skoda oraz w ramach kompletu dokumentów przedłożonych przez Skoda na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Stąd też, skoro Skoda ani Zamawiający nie podjęli działań, aby zachować w poufności informacje wynikające z tych dokumentów, to nie ma podstaw, aby zastrzec jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa ewentualne informacje wynikające z tego samego rodzaju dokumentu wystawionego po 4 kwietnia 2017 roku lub też oświadczenia Skoda potwierdzającego aktualność informacji zawartych w dokumencie „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców”.

Wadliwość czynności Zamawiającego w postaci utajnienia tych dokumentów może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, bowiem stwierdzenie powyższego otwiera Odwołującemu drogę do weryfikacji dotychczas utajnionych dokumentów, a przez

to może doprowadzić do zmiany wyniku postępowania. Odwołujący, jak inni wykonawcy mieli prawo oczekiwać od Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób zgodny z przepisami prawa, w tym naczelnymi zasadami rządzącymi tym postępowaniem - zasadą jawności, przejrzystości, proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Tylko prowadzenie postępowania przetargowego zgodnie z tymi zasadami może zagwarantować wybór oferty wykonawcy, który będzie w stanie wykonać zamówienie publiczne objęte tym postępowaniem.

8. Uzasadnienie zarzutu nr 8 z *petitum* odwołania

Konsekwencją uchybień wskazanych w zarzutach wskazanych w pkt II.5-7 *petitum* odwołania była wadliwa ocena ofert złożonych w postępowaniu i następczy wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty Skoda. Jednocześnie Zamawiający zaniechał wyboru, jako najkorzystniejszej

w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo iż oferta została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowiła ofertę najkorzystniejszą, zawiera cenę mieszczącą się w budżecie Zamawiającego oraz brak jest podstaw do odrzucenia tej oferty, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

9. Uzasadnienie zarzutu nr 9 z *petitum* odwołania

W przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do jego unieważnienia, ponieważ złożono oferty mieszczące się w granicach budżetu Zamawiającego. Przesłanka do unieważnienia postępowania występuje natomiast tylko w sytuacji, gdy oferty takie, tj. mieszczące się w budżecie Zamawiającego, zostałyby wyeliminowane, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

Powyższe, choć wprost nie wynika z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, który stanowił dla Zamawiającego podstawę prawną do unieważnienia postępowania, jest zgodne z wykładnią systemową na gruncie ustawy (zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co nie ma miejsca w tym postępowaniu) oraz linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej zapadłą na gruncie stosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Odwołujący wskazał, że w nie zaistniały przesłanki unieważnienia, bowiem: cena oferty najkorzystniejszej wprawdzie przewyższa budżet Zamawiającego oraz Zamawiający uznał,

że nie może podjąć decyzji o zwiększeniu środków na sfinansowanie zamówienia, jednakże w postępowaniu zostały złożone niepodlegające odrzuceniu oferty innych wykonawców, w tym oferta Odwołującego, które mieszczą się w budżecie Zamawiającego.

Czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia, tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 3 ustawy, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć więc na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku zaś wyboru oferty Skoda osiągnięcie tego rezultatu nie jest możliwe, co nie pozbawia Zamawiającego możliwości zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą, tj. Odwołującym, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert, nie podlega odrzuceniu i mieści się w kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przeciwnie rozumowanie prowadzi do sytuacji, w której wykonawcom znana jest już oferta Odwołującego i cena zaproponowana w warunkach tego przetargu, co stanowi istotne ryzyko „manipulacji” cenami ofertowymi w kolejnym przetargu, jeżeli taki zostanie przez Zamawiającego rozpisany wobec czynności unieważnienia tego postępowania. Taka sytuacja, w której w postępowaniu zostały złożone oferty niepodlegające odrzuceniu istotnie narusza pewność obrotu i godzi w podstawową zasadę prawa zamówień publicznych, jaką jest obowiązek Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Co więcej, pewność obrotu wymaga tego, aby obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 roku, sygn. akt: KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 roku, sygn. akt: KIO 1939/10, z dnia 19 stycznia 2011 roku, sygn. akt: KIO 34/11, z dnia 10 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 2037/12 i KIO 2047/12, z dnia 2 września 2014 roku, sygn. akt: KIO 1705/14, z dnia 19 grudnia 2014 roku, sygn. akt: KIO 2605/14).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników

postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku poz. 2164, dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego oraz co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego: wykonawcę Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1745/17 oraz wykonawcę Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołujących, i tak: wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy w sprawie o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Środa Wielkopolska w sprawie o sygn. akt KIO 1746/17.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w złożonych pismach.

W sprawach tych sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 złożono, w szczególności, następujące pisma:

- Pismo Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 1745/17 z dnia 4 września 2017 roku „Odpowiedź na odwołanie i zgłoszenie opozycji” wraz z załącznikami (tajemnica przedsiębiorstwa),

- Pismo Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 1746/17 z dnia 4 września 2017 roku „Odpowiedź na odwołanie i zgłoszenie opozycji” (tajemnica przedsiębiorstwa),
- Pismo przystępującego Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa z dnia 1 września 2017 r. do sprawy o sygn. akt KIO 1745/17 wraz z załącznikami (tajemnica przedsiębiorstwa),
- Pismo przystępującego Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska z dnia 18 września 20017r. do sprawy o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 wraz z załącznikami (tajemnica przedsiębiorstwa),
- Pismo Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa z dnia 18 września 2017 r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 wraz z załącznikami (9 załączników),
- Pismo Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa z dnia 18 września 2017 r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 wraz z załącznikiem,
- Pismo Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Środa Wielkopolska (sygn. akt KIO 1745/17) z dnia 18 września S2017 roku wraz z załącznikami,
- Pismo przystępującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy z dnia 15 września 2017r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 wraz z załącznikiem,
- Pismo Zamawiającego z dnia 18 września 2017r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 wraz z załącznikiem (tajemnica przedsiębiorstwa),
- Pismo przystępującego Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska z dnia 22 września 20017r. do sprawy o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 „w sprawie zakresu opinii biegłego wnioskowanego przez Hyundai Rotem Company”,
- Pismo przystępującego Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska z dnia 22 września 20017r. do sprawy o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 „w sprawie zakresu opinii biegłego wnioskowanego przez konsorcjum Stadler Polska sp. z o.o.”,
- Pismo przystępującego Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska z dnia 22 września 20017r. do sprawy o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 „w sprawie

zakresu opinii biegłego wnioskowanego przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA”,

- Pismo Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa z dnia 22 września 2017 r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 wraz z załącznikami,
- Pismo przystępującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy z dnia 22 września 2017r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17,
- Pismo Zamawiającego z dnia 22 września 2017r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 „Pismo procesowe Zamawiającego dot. Pracochłonności”,
- Pismo Zamawiającego z dnia 22 września 2017r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 „Pismo procesowe Zamawiającego dot. Energii”,
- Pismo Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa z dnia 29 września 2017 r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17 wraz z załącznikiem– *Opinia dotycząca analizy parametru zużycia energii elektrycznej podanego przez Skoda Transportation A.S.* Politechnika Gdańska Wydział Elektrotechniki i Automatyki, autorzy opracowania: prof. nz PG dr hab. Inż. K. K., dr inż. L. J., dr inż. S. J., dr inż. M. M., inż. P. B.,
- Pismo Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa z dnia 21 listopada 2017 r. do spraw o sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17,
- Załącznik do protokołu rozprawy (części niejawniej) – pismo z dnia 6 lutego 2018 roku od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Środa Wielkopolska (sygn. akt KIO 1745/17),
- Załącznik do protokołu rozprawy z dnia 7 lutego 2018 roku – pismo z dnia 16 lutego 2018 roku od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Środa Wielkopolska (sygn. akt KIO 1745/17)
- Pismo przygotowawcze Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy z dnia 15 lutego 2018 roku (sygn. akt KIO 1745/17),

- Pismo przystępującego Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa z dnia 16 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 1745/17),
- Załącznik do protokołu rozprawy z dnia 14 lutego 2018 roku – pismo z dnia 16 lutego 2018 roku od wykonawcy Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn. akt KIO 1746/17)
- Załącznik do protokołu rozprawy z dnia 16 lutego 2018 roku – pismo z dnia 16 lutego 2018 roku od wykonawcy Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa wraz z załącznikiem (wydruk prezentacji – „Analiza danych o zużyciu energii zadeklarowanych przez Skoda na tle wymagań SIWZ”) (sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Środa Wielkopolska (sygn. akt KIO 1745/17):

- dowód nr 2 – informację od Dyrekcji Systemów Przedmiejskich (2 karty),
- dowód nr 3 – wydruki fragmentów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia różnych Zamawiających (7 kart),
- dowód nr 4 – „Zakaz składania ofert na prace dla AAI” wydruk w języku angielskim i tłumaczenie (2 karty) oraz wydruk z listy DMRC wydruk w języku angielskim i tłumaczenie (2 karty),
- dowód nr 4/1 - wyrok Sądu Wyższej instancji Delhi w Nowym Delhi z dnia 21 lipca 2016 roku (8 kart),
- dowód nr 4/2 – artykuł prasowy „Dostawca metra w Delhi może zostać wpisany na czarną listę” wydruk w języku angielskim i tłumaczenie (2 karty),
- dowód nr 5 – instrukcja techniczna odbieraka prądu (tajemnica przedsiębiorstwa),
- dowód nr 9 – oświadczenie z dnia 2 lutego 2018 roku (tajemnica przedsiębiorstwa),
- dowód nr 11 – wyrok Sądu Wyższej instancji Delhi w Nowym Delhi z dnia 9 stycznia 2018 roku,

Odwołujący złożył w trakcie rozprawy: materiał poglądowy, opracowanie własne „ Fakty dotyczące realizacji między Rotem a Eurotem” (1 karta – oznaczone D1); materiał poglądowy opracowanie własne - wykres tajemnica przedsiębiorstwa (1 karta – oznaczone

D10), Załącznik do protokołu (1 karta) „Skutki poprawienia oferty w zakresie OM1” (w tym zakresie treści załącznika do protokołu zostały podane do protokołu w trakcie rozprawy).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn.. akt KIO 1745/17)

- dowód nr 6 - wydruki fragmentów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiającego (9 kart),
- dowód nr 7 – Świadczenie wykonania (5 kart),
- dowód nr 8 – Opinia prawna z dnia 30 stycznia 2018 roku,
- Suplement do Opinii dotyczącej Analizy Parametru Zużycia Energii Elektrycznej Podanego przez Skoda Transportation a.s. (sygn. akt KIO 1745/17, sygn. akt KIO 1746/17)

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn.. akt KIO 1746/17),

- Dowód nr 13 - „Analiza kwestii związanych z ubieganiem się o zamówienie publiczne w Republice Czeskiej nałożonym na osobę prawną” z dnia 13 lutego 2018 roku – w języku angielskim wraz z tłumaczeniem,
- „Analiza kwestii związanych z ubieganiem się o zamówienie publiczne w Republice Czeskiej nałożonym na osobę prawną” z dnia 13 lutego 2018 roku w języku angielskim wraz z tłumaczeniem pełny tekst i załączniki,
- dowód nr 14 – wydruk korespondencji email (2 karty).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska (sygn. akt KIO 1745/17, sygn. akt KIO 1746/17)

- dowód nr 12 – oświadczenie Dopravný podnik Bratislava a.s. z dnia 6 lutego 2018 roku,
- opinia techniczna z dnia 14 lutego 2018 roku (tajemnica przedsiębiorstwa),

Zamawiający złożył w trakcie rozprawy w poczet materiału dowodowego (sygn. akt KIO 1745/17, sygn. akt KIO 1746/17):

- komplet pism, w zakresie zarzutu odwołania Hyundai z punktu 5, ze wskazaniem tajemnicy przedsiębiorstwa w poszczególnych dokumentach,

- opracowanie własne „Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawców” (2 karty),
- opracowanie własne „Dokumenty odtajnione przez Zamawiającego” (1 karta),

Izba dopuściła **dowód z opinii biegłego** w zakresie parametru „zużycia energii”. Biegły sądowy mgr inż. R. J. wpisany na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Poznaniu w dziedzinie: mechanika: budowa i eksploatacja pojazdów kolejowych, analiza zapisów rejestratorów (parametrów jazdy) pojazdów (pociągów) kolejowych, zasadność napraw pojazdów kolejowych oraz transport: zarządzanie bezpieczeństwem w transporcie kolejowym, audyt bezpieczeństwa w kolejnictwie, postępowanie po wypadkach kolejowych na podstawie postanowienia z dnia 13 grudnia 2017 roku przedstawił „Opinia w zakresie parametru „zużycia energii” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych” – część jawna oraz przedstawił „Opinie w zakresie parametru „zużycia energii” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych” – część niejawna.

Izba dopuściła **dowód z opinii biegłego** w zakresie parametru „pracochłonności czynności obsługowych do przebiegu 1 mln km”. Biegły sądowy mgr inż. R. J. wpisany na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Poznaniu w dziedzinie: mechanika: budowa i eksploatacja pojazdów kolejowych, analiza zapisów rejestratorów (parametrów jazdy) pojazdów (pociągów) kolejowych, zasadność napraw pojazdów kolejowych oraz transport: zarządzanie bezpieczeństwem w transporcie kolejowym, audyt bezpieczeństwa w kolejnictwie, postępowanie po wypadkach kolejowych na podstawie postanowienia z dnia 13 grudnia 2017 roku przedstawił „Opinia w zakresie parametru „pracochłonności czynności obsługowych do przebiegu 1 mln km” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych” – część jawna oraz przedstawił „Opinie w zakresie parametru „pracochłonności czynności obsługowych do przebiegu 1 mln km” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udzielenie zamówienia

publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych” – część niejawna.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wniesionych przez wykonawcę Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (sygn. akt KIO 1746/17) naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 96 ust. 2 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 uznk w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy odnośnie dokumentu złożonego przez wykonawcę Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska potwierdzającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W piśmie procesowym złożonym przez Zamawiającego z dnia 4 września 2017 roku stanowiącym odpowiedź na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1746/17 Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutu zaniechania odtajnienia informacji zawartych w dokumencie złożonym przez wykonawcę Skoda Transportation a.s. Pilzno, Republika Czeska na wezwanie Zamawiającego (informacja z banku wraz z tłumaczeniem). W trakcie rozprawy w dniu 24 stycznia Zamawiający potwierdził powyższe i podał, że ujawnił treść opinii bankowej wykonawcy Skoda, okazując jej treść podmiotom, które o to wnioskowały, co stanowi skutek uwzględnienia części zarzutu w odwołaniu o sygn. akt KIO 1746/17. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie wyżej wymienionych zarzutów odwołania, które zostały wprost uwzględnione przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.* W rozpoznawanej sprawie Odwołujący podtrzymał odwołanie w całości, nie złożył oświadczenia o wycofaniu zarzutu odwołania w części, Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w ww. zakresie, a uczestnik postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w części – tym samym, w tym postępowaniu odwoławczym nie mamy do czynienia z czynnością wniesienia sprzeciwu, od której to czynności uzależnione jest rozpoznanie odwołania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ*

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody uznała, że oba odwołania podlegają uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 1745/17

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Odwołujący, w trakcie rozprawy w dniu 7 lutego 2018 roku złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania wskazanych w petitum odwołania w punkcie C podpunkty 1 - 4 w zakresie parametru pracochońność czynności obsługiwanych do przebiegu 1 mln km.

Odnosnie zarzutu opisanego w punkcie A.1 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść tej oferty odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące, istotnych zmian w treści oferty, względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty - Izba uznała zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z SIWZ z rozdziałem I Instrukcja dla wykonawców, punkt 16 pracochońność czynności obsługiwanych do przebiegu 1 mln km stanowi kryterium oceny ofert o wadze 20%, która podlegała ocenie w oparciu o dane dla każdego typu tramwaju, podane przez wykonawców w dokumencie „Dane o pracochońności”, obliczone zgodnie z instrukcją przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „Pracochońność czynności obsługiwanych do przebiegu 1 mln km” określoną w Załącznik nr 3 do Rozdziału IV SIWZ oraz wyjaśnieniami SIWZ udzielonymi

w trakcie prowadzonej procedury. Ocena w kryterium polegała na sumarycznym obliczeniu pracochłonności i następnie ocenie punktowej według wzoru określonego w SIWZ.

Zamawiający odpowiedzią na pytanie numer 437 z dnia 7 kwietnia 2017 roku dokonał modyfikacji w rozdziale II część VII pkt 8 SIWZ i wskazał między innymi, że „wymagane jest, aby cykl obsługowy składał się z następujących obsług technicznych: OM1 – przebieg nie mniejszy niż 2,5 tys. km i nie większy niż 3,5 tys. km; pożądanym przebieg 2,5 tys. km (...) dla obsług oznaczonych * – obsługa może występować lub nie, w zależności od określonych przez Wykonawcę zgodnie z pkt 3 rodzajów obsług o przebiegach międzyobsługowych.” Zamawiający podał również, że „zmianie ulega także wzór załącznika nr 3 do rozdziału IV SIWZ, poprzez usunięcie przypisu 2 w kolumnach dotyczących obsług OM1 i OT1. Dotychczasowe oznaczenia PS1 i PS2 dotyczą obsług sezonowych określonych w rozdziale II SIWZ odpowiednio jako OS1 i OS2.” Jednocześnie Zamawiający przygotował Załącznik nr 3 do rozdziału IV SIWZ. Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie numer 523 z dnia 5 maja 2017 roku Zamawiający potwierdził, że „dla obsługi technicznej małej (OM1) należy zastosować przebiegi międzyobsługowe wynoszące co najmniej 2,5 tys. km i nie więcej niż 3,5 tys. km.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie numer 177 z dnia 24 marca 2017 roku Zamawiający wyjaśnił, podał wykonawcom „przykładowy zakres obsługi OM1 dla tramwaju niskopodłogowego:

1. Sprawdzić wzrokowo stan ogólny konstrukcji odbieraka prądu (skrzywienie ramy montażowej, ramion, zespołu ślizgacza /kołyska/).
2. Sprawdzić wzrokowo stan nakładek grafitowych (dopuszcza się niewielkie wyszczerbienia, minimalna grubość listew 2-3 mm pomiędzy górną krawędzią oprawy aluminiowej a górną krawędzią ślizgu grafitowego).
3. Sprawdzić wzrokowo stan elastycznych łączników prądowych (uszkodzone łączniki należy wymienić).
4. Sprawdzić wzrokowo czy nie zalegają na dachu elementy pochodzące spoza tramwaju, takie jak: gałęzie, podwieszki sieci trakcyjnej itp.; w razie ujawnienia usunąć z dachu
5. Sprawdzić wzrokowo czy na izolatorach i odgromniku nie ma śladów pęknięć i odprysków, izolatory i odgromnik oczyścić.
6. Sprawdzić siłę nacisku statycznego, prawidłowa wartość wynosi 70N (+/-10%), w razie konieczności dokonać regulacji.

Natomiast w zakresie obsługi technicznej codziennej OC Zamawiający zgodnie z odpowiedzią na pytanie numer 176 z dnia 24 marca 2017 roku wskazał przykładowy

zakres, w tym w punkcie 6 podał: „Przeprowadzić kontrolę dachu. Sprawdzić wzrokowo za pomocą systemu monitoringu stan ogólny odbieraka prądu i powierzchni dachu:

- czy nie występują oderwania i odkształcenia elementów odbieraka prądu,
- czy nie zalegają na dachu elementy pochodzące spoza tramwaju, takie jak gałęzie, podwieszki sieci trakcyjnej, itp., w razie ujawnienia usunąć z dachu,
- czy nie występują uszkodzenia urządzeń zamontowanych na dachu.”

W trakcie rozprawy Zamawiający podał między innymi, że nie dozwalał na przesunięcia obsługi w inne miejsca oferty.

W pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć, czy wykonawca składający ofertę w postępowaniu, zgodnie z załącznikiem nr 3 do rozdziału IV SIWZ winien był wskazać obsługę techniczną małą OM1, czy też nie. Na podstawie materiału zgromadzonego w tym postępowaniu odwoławczym, Izba uznała, że wykonawca zobowiązany był do podania w ofercie odpowiednich danych dotyczących obsługi technicznej małej OM1 dla każdego typu tramwaju. Z postanowień SIWZ rozdział II część VII pkt 2 i 3 wynika, że pracochłonność czynności obsługowych, w tym również OM1, ma być ograniczona do minimum. Jednocześnie należy zaznaczyć, że w postanowieniu SIWZ rozdział II część VII pkt 5 Zamawiający zastrzegł, że pracochłonność czynności obsługowych wykonywanych w ramach obsługi codziennej technicznej (OC) nie może przekroczyć 0,16 rbg, czyli – zgodnie z informacją Zamawiającego podaną na rozprawie, a nie kwestionowaną przez Odwołującego – 9,6 min i wykonywana ma być przez 2 osoby w czasie przebywania tramwaju na stanowisku obsługowym nie dłużej niż 5 minut. Natomiast w punkcie 6 ww. części SIWZ Zamawiający określił czas dla obsługi technicznej małej OM1 związanej ze sprawdzeniem odbieraka prądu i wykonaniem innych o niskiej pracochłonności czynności kontrolno-obsługowych przy przebiegach obsługowych 2,5 tys. km- 3,5 tys. km, który nie mógł przekraczać 5 rbg - wyjaśniając w trakcie rozprawy, że dotyczy to jednorazowej obsługi technicznej OM1. Słusznie w ocenie Izby podnoszono w pismach procesowych, że przesądza to o tym, że wartość obsługi technicznej małej OM1 musi być większa od zera. Tym samym obsługa techniczna mała OM1 musiała zostać zaoferowana, oświadczył to również pełnomocnik Odwołującego wskazując, że oferta złożona przez niego w postępowaniu w zakresie przedmiotowym jest zgodna z wymaganiami SIWZ, czyli przewidział również obsługę OM1. Niemniej Zamawiający wymagał, co należy podkreślić, nie tylko przewidzenia przez wykonawcę obsługi technicznej małej OM1, ale również jej podania w przygotowanym formularzu, co wynika również z wymaganej przez Zamawiającego cykliczności przeglądów OM1 (aspekt organizacyjny). Dodatkowo, co wymaga szczególnego podkreślenia, w rozpoznawanym przypadku jest to niezmiernie istotne, bowiem stanowi element kryterium oceny ofert i wymagane było podanie wartości roboczogodzin (minut)

oferowanej pracochłonności czynności obsługowych OM1 w załączniku nr 3 do rozdziału IV SIWZ. Wynika to ze zmodyfikowanego w dniu 7 kwietnia 2017 roku załącznika nr 3 do rozdziału IV SIWZ, w którym Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał zakres tych obsług technicznych, które „mogą występować lub nie” – nie było między nimi obsługi technicznej małej OM1, a *contrario* obsługa techniczna mała OM1 wystąpić musiała. Co więcej, wykonawca obowiązany był do wykazania wartości tych obsług (OM1) dla każdego typu tramwaju, czyli zaoferowania Zamawiającemu małej obsługi technicznej na określonym przez siebie poziomie czasowym świadczenia tej obsługi. Izba wskazuje, że pośrednio również przyznał to Odwołujący w trakcie rozprawy podnosząc, że geneza błędnej świadomości wykonawcy co do wymagań Zamawiającego mogła również wynikać z dokonanej zmiany załącznika nr 3 do rozdziału IV SIWZ.

Podsumowując powyższe – mała obsługa techniczna OM1 w wyniku zmian dokonanych przez Zamawiającego stała się obsługą, którą wykonawca winien był zaoferować i wykazać w załączniku nr 3 sporządzonym do oferty, bowiem Zamawiający zmienił treść w Rozdziale II część VII pkt 8 SIWZ oraz w załączniku nr 3 do rozdziału IV SIWZ i usunął w stosunku do tej obsługi informację, że może ona występować bądź nie występować, jak również usunął przypis nr 2 w ww. załączniku nr 3. Tym samym obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu było złożenie oświadczenia odnośnie małej obsługi technicznej OM1.

Dodatkowo w tym miejscu Izba wskazuje, że instrukcja wypełnienia załącznika nr 3 do rozdziału IV SIWZ oraz wymagania Zamawiającego w tym zakresie były oczywiste, co choćby potwierdza fakt, że w tym zakresie nie były wnoszone żadne uwagi do Zamawiającego, nie wnoszono w tym zakresie żadnych pytań czy wniosków, a sam Odwołujący złożył oświadczenie na druku - załączniku nr 3 do rozdziału IV SIWZ zmodyfikowanym w dniu 7 kwietnia 2017 roku przez Zamawiającego. Natomiast dokonane zmiany przez Zamawiającego i wprowadzenie postanowień, w wyniku których każdy wykonawca miał obowiązek zaoferować małą obsługę techniczną OM1 i jej zaoferowanie na określonym poziomie ma znaczenie na dalszym etapie, tj. realizacji zamówienia, ponieważ zgodnie z odpowiedzią na pytanie numer 436 z dnia 7 kwietnia 2017 roku – czyli w tej samej dacie, w której nastąpiła modyfikacja wymagań co do wypełnienia załącznika nr 3 do rozdziału IV SIWZ – wynik pracochłonności wykonania małej obsługi technicznej OM1 wykonanej w trakcie testu niezawodności stanowi warunek odbioru pierwszego tramwaju każdego typu.

Zamawiający w trakcie rozprawy w dniu 31 stycznia 2017 roku potwierdził stanowisko Odwołującego, a mianowicie, że w zakresie małej obsługi technicznej OM1 nie musi być

regulacji odbieraka prądu, jednakże w zakresie małej obsługi technicznej OM1 mieszczą się czynności sprawdzające stan techniczny odbieraka prądu. Zamawiający wyjaśnił, że obsługi techniczne OT1 i OM1 znajdują swoje odzwierciedlenie w kryterium oceny ofert, w zakresie parametru pracochłonności oraz zgodnie z SIWZ musiały być zaoferowane przez wykonawcę i nie mogły być przeniesione w zakres innych usług. Odwołujący przedstawił (dowód nr 5) instrukcja techniczna odbieraka prądu, którą przedstawił na okoliczność wykazania sposobu realizacji regulacji odbieraka prądu – z uwagi na wskazanie w trakcie rozprawy przez Zamawiającego, że w zakresie małej obsługi technicznej OM1 nie musiała zostać uwzględniona regulacja odbieraka prądu, dowód ten staje się bezprzedmiotowy dla rozpoznania przedmiotowej sprawy.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodną z treścią SIWZ, co w ocenie Izby stanowiło prawidłowe działanie Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązuje zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty, o ile jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych, nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia drobnych błędów jakie zawiera oferta. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom jak również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty w znaczeniu oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w SIWZ wymagania. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający w sposób jednoznaczny, co nie było kwestionowane, wymagał, aby wykonawca zaoferował małą obsługę OM1, choćby na minimalnym poziomie, jednakże miała ona zostać zaoferowana i wyartykułowana w treści złożonego załącznika nr 3 do rozdziału IV SIWZ. Podkreślić należy, że obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08), a odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Jednakże złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Brak podania przez Odwołującego w ofercie wymaganych przez Zamawiającego informacji odnoszących się do małej obsługi technicznej OM1, które były wymagane, nie może zostać potraktowany w inny sposób jak niezgodność treści oferty z wymaganiami Zamawiającego, a wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego musi brać pod uwagę konsekwencje, jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Jeżeli czegoś, co było wymagane postanowieniami SIWZ nie ma w ofercie na moment otwarcia ofert, to tego nie ma i dlatego też Izba uznała, że jedynie ma potrzeby tego postępowania odwoławczego Odwołujący przyjął retorykę, która opierała się na stwierdzeniu, że oferta zawiera pełen zakres usług, w tym obsługę OM1, co nie wynikało z treści oferty, jak również retoryka Odwołującego była odmienna od jego stanowiska prezentowanego w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach.

Przechodząc dalej, Izba wskazuje, że dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki, jakie nakłada na niego ustawodawca – jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo, ale i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty, czyli to, co było w niej zawarte na moment otwarcia ofert. Sama instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to, by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.

W rozpoznawanej sprawie, co wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz co podnosił Odwołujący, Zamawiający pismem z dnia 13 czerwca 2017 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji zawartych w dokumencie „Dane o pracochłonności i cyklu planowo-zapobiegawczych obsługa technicznych do przebiegu 1 mln km” dla każdego typu tramwaju (pytanie w punkcie I.2 - dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa). W trakcie rozprawy jawnej w dniu 24 stycznia 2018 roku pełnomocnik Odwołującego podał, że wstawiono „kreskę”, w miejscu o którym w swoim wezwaniu pisał Zamawiający. W odpowiedzi z dnia 22 czerwca 2017 roku (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) Odwołujący na stronie 2 w punkcie zawierającym odpowiedź na pytanie I.2 w trzecim akapicie zawarł swoje stanowisko. Odpowiedź ta stanowiła jednoznaczne oświadczenie wykonawcy, a przy uwzględnieniu argumentacji zawartej w akapicie drugim nie sposób uznać stanowiska Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego za błędne, bowiem, jak podniósł Zamawiający na rozprawie w dniu 31 stycznia 2018 roku, tak zrozumiał treść złożonych wyjaśnień, co potwierdziło stanowisko prezentowane przez Odwołującego na rozprawie w dniu 24 stycznia 2018 roku. Słusznie w ocenie Izby argumentował również Zamawiający, że nie było podstaw do kierowania do Odwołującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień, bowiem wyjaśnienia z dnia 22 czerwca 2017 roku były jednoznaczne. Dodać należy w tym miejscu, że w przedstawianej argumentacji na rozprawie Odwołujący również nie referował do treści złożonych wyjaśnień, opierając swoją argumentację w szczególności na próbie interpretacji postanowień SIWZ i złożonej oferty oraz skupiając uwagę na możliwości dokonania poprawy treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba wskazuje, że w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2 ustawy. Istotnym i znamionym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Tym samym nie znajduje również w ocenie Izby uzasadnienia podnoszony względnie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego. Zamawiający wykonał ciężący na nim obowiązek, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, wezwał wykonawcę Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a Odwołujący wyjaśnienia złożył. Instytucja z art. 87 ust. 1 ustawy nie ma na celu nieograniczonego, wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub naprawienia oferty, doprowadzenia jej do stanu zgodnego z dokumentacją postępowania SIWZ – bo to nie jest możliwe na tej podstawie prawnej, jak również co do zasady nie jest dozwolone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niezmiennie w regulacji ustawowej Zamawiający korzystając z tego

uprawnienia (art. 87 ust. 1 ustawy) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty. Wyjaśnienia Odwołującego były jednoznaczne i precyzyjne, tym samym nie było już podstawy do wzywania do złożenia kolejnych wyjaśnień w tym zakresie. Znamienne jest również to, że Odwołujący w swoim stanowisku zaprezentowanym w odwołaniu nie wskazał, jaki fragment wyjaśnień mógłby wzbudzić wątpliwości Zamawiającego dokonującego oceny tych złożonych wyjaśnień, do czego w ocenie Izby był obowiązany wskazując, że Zamawiający tej czynności bezpodstawnie zaniechał. W tym zakresie brakło również argumentacji Odwołującego na rozprawie.

Należy tu również zwrócić uwagę za Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 Slovensko a.s.), że „dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata została by ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Ponadto z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci. (...) Jednakże wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis, jaki jest przewidziany w art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.” Powyższe stwierdzenie odnosi się tym bardziej do poprawiania jakichkolwiek błędów w treści oferty.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów w zakresie obsługi małej technicznej OM1, w ocenie Izby zasadność i poprawność działania Zamawiającego, tj. odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania potwierdza również wnoszenie w odwołaniu przez Odwołującego, choć jak to również zaznaczył - względnie, o dokonanie poprawy treści oferty na podstawie 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zaznaczenia wymaga w tym miejscu, co ma niewątpliwie kluczowe znaczenie dla rozpoznania tego zarzutu, że – co przyznał w trakcie rozprawy Odwołujący, Zamawiający nie posiadał danych, w oparciu o które mógłby poprawić ofertę. Izba uznaje za nieprawidłowe pozyskiwanie informacji nowych, dodatkowych, których nie było w treści oferty na moment ich otwarcia, a które są niezbędne do prawidłowego złożenia oferty, po terminie otwarcia ofert. Za nieprawidłowe należałoby również uznać pozyskiwanie takich informacji w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i następnie dokonywanie poprawy treści oferty w oparciu o te nowo pozyskane od wykonawcy informacje. Zamawiający w tym przypadku postąpił w sposób prawidłowy nie zawracając się o podanie konkretnych wartości, które należałoby zamieścić w załączniku nr 3 do rozdziału IV SIWZ, jak również, które należałoby uwzględnić przy obliczeniu kryteriów oceny oferty. Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał, że wzrokowe badanie odbieraka prądu trwa 2 minuty (0,03 godziny), co przy częstotliwości dokonywania przeglądów w interwale czasowym co 3 500 km przy założonym 1 mln km przez Zamawiającego daje 285 przeglądów, a w efekcie stanowi 8,55 godziny pracochłonności (285 x 0,03 godziny), którą to wartość należałoby dodać do pracochłonności w przypadku każdego typu tramwaju. W tym miejscu należy zaznaczyć również, że Zamawiający w trakcie rozprawy, odwołując się do zakresu czynności, jakie wskazał przykładowo, podnosił, że ten czas, tj. 2 minuty, jest niewystarczający dla przeprowadzenia obsługi małej technicznej OM1. Stanowisko Zamawiającego pozostaje bez znaczenia dla rozpoznania tego zarzutu z uwagi na to, że wywód przeprowadzony przez Odwołującego w sposób jednoznaczny uwypukla brak możliwości poprawienia oferty wykonawcy, bowiem sprowadzałoby się to do wprowadzenia nowych, nieznanych przed terminem otwarcia ofert treści do oświadczenia złożonego w ofercie. Dodatkowo należy zaznaczyć, że stanowisko Odwołującego jest również sprzeczne wewnętrznie, bowiem skoro twierdził, że czynności objęte obsługą OM1 uwzględnił w treści oferty (jednocześnie nie wskazując miejsca tego uwzględnienia i poprzestając na samym twierdzeniu) to ponowne ich wprowadzenie do treści oferty stanowiłoby ich dublowanie, co niewątpliwie również jest niezgodne z postanowieniami SIWZ co do zakresu wymaganego oświadczenia, jak również byłoby niekorzystne dla Zamawiającego. Odwołujący wskazywał, że zmiana ta nie będzie stanowiła istotnej zmiany treści oferty z uwagi na wielkość wprowadzonej wartości pracochłonności, którą,

co Izba zaznacza, należało również ujmować w ramach kryteriów oceny ofert w postępowaniu. Takie stanowisko Odwołującego w ocenie Izby również nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem istotności zmiany treści oferty w wyniku dokonanej poprawy omyłki nie można utożsamiać z wprowadzaniem do treści oferty nowych, nieistniejących w ofercie oświadczeń (wartości). Przyjęcie prezentowanego przez Odwołującego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że możliwa jest zmiana oświadczenia zawartego w ofercie po terminie otwarcia ofert przez, właściwie, złożenie nowej oferty – taka wykładnia jest niedopuszczalna, a w konsekwencji naruszająca zasadę równego traktowania wykonawców, która wymaga, aby wszyscy wykonawcy składający oferty mieli takie same szanse przy formułowaniu swych zobowiązań ofertowych oraz zasadę przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która ma celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony Zamawiającego. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, sądów powszechnych jak również w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości UE (orzeczenie z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu – z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 11 maja 2017 roku w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama J. L. przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A. – z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 29 marca 2012 roku w sprawie C-599/10 ELV Slovensko a.s. i in. Przeciwko Urad pre verejne obstaravanie; orzeczenie z dnia 10 października 2013 roku w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser przeciwko Manova A/S) Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego na etapie po terminie otwarcia ofert oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy. Jak uzasadnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...) W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)*”.

W rozpoznawanej sprawie w przypadku oferty Odwołującego mamy do czynienia z przypadkiem, w którym wykonawca nie wykazał konkretnych danych wymaganych przez Zamawiającego, bowiem obsługę OM1 – na choćby minimalnym poziomie – ale dla każdego z typów zaoferowanych tramwajów, wykonawca miał obowiązek podać. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający uzyskał wyjaśnienie wykonawcy, które zgodne jest z treścią złożonej oferty, jednocześnie potwierdzało niezgodność treści oferty z wymaganiami Zamawiającego w zakresie małej obsługi technicznej OM1. Tym samym skoro w ofercie Odwołującego brak było tych danych, co przyznał Odwołujący na rozprawie, to zgodnie z wykładnią art. 87 ust 1 ustawy Zamawiający mógł poddać pod wyjaśnienia tylko treść zawartą w ofercie, tak też zrobił. Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. W szczególności poprawienie omyłki nie może polegać na ingerowaniu przez Zamawiającego w wartość parametru, który podlega ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (poza zwykłą korektą arytmetyczną, jak w przypadku ceny).

Czynności podjęte przez Zamawiającego były prawidłowe oraz z tych działań zostały przez Zamawiającego wyciągnięte prawidłowe wnioski, które znajdują odzwierciedlenie w czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Odnosnie zarzutu opisanego w punkcie D – naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 2-3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności z uwagi na poprawianie treści ofert Hyundai oraz Skoda w znacznym rozmiarze i zakresie przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego z nieuzasadnionych powodów – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Po pierwsze - w tym miejscu Izba wskazuje, że argumentacja prawna, jaka została przedstawiona w uzasadnieniu rozpoznanego zarzutu powyżej (punkt A1), pozostaje aktualna w rozpoznaniu tego zarzutu.

Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut starał się wykazać, że działanie Zamawiającego związane z oceną ofert innych wykonawców stanowiło naruszenie wymienionych przepisów ustawy odnośnie oferty Odwołującego, tym samym Zamawiający winien był dokonać poprawy treści oferty Odwołującego, aby nie doszło do naruszenia przepisów ustawy. W ocenie Izby taka argumentacja nie może zasługiwać na uwzględnienie, bowiem nie można bezrefleksyjnie uznać danej czynności Zamawiającego za wyznacznik działania odnośnie oceny oferty innego wykonawcy. Oceny podniesionego zarzutu w tym konkretnym postępowaniu można dokonać jedynie odnosząc się do wskazanych ofert konkurencyjnych wykonawców, bowiem właśnie taką konstrukcję zarzutu przyjął Odwołujący.

W odniesieniu do oferty wykonawcy Hyundai Zamawiający skierował pismem z 13 czerwca 2017 roku pytanie odnośnie pozycji 27 Formularza Cenowego Szkoleń i zażądał wyjaśnień, czy Wykonawca oferuje wykonanie 400 godzin szkoleń dodatkowych, a jeśli tak, to dlaczego pozycja ta nie została wyceniona. W odpowiedzi Hyundai złożył za pismem z dnia 23 czerwca 2017 roku załącznik Formularz Cenowy Szkoleń, gdzie w pozycji 27 „Szkolenia dodatkowe” podał cenę jednostkową szkolenia – 50 zł, oraz całkowitą cenę brutto za te szkolenia (w poprawionym formularzu całkowita cena za szkolenia – 1 000 256,00 zł brutto, w formularzu w ofercie 1 000 256, 00 zł brutto). Dodatkowo należy zaznaczyć, że zmianie uległy wartości innych jednostkowych cen za poszczególne szkolenia zawarte w ww. formularzu. Pismem z 14 lipca 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawcę, że dokonał poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w kolumnie 8 wyrażającej cenę jednostkową szkolenia (we wszystkich wierszach poszczególnych szkoleń), w wierszu 27 wprowadzono wartość 50 zł netto oraz na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 dokonano poprawy wartości w kolumnach 9 i 12 jako konsekwencje dokonanych poprawek. Cena szkoleń po dokonanych przez Zamawiającego poprawkach wyniosła 1 000 277,00 zł brutto.

Kluczowe w ocenie Izby dla oceny podniesionego zarzutu w kontekście dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego jest wskazanie, że w przypadku obu ofert tj. oferty Odwołującego oraz oferty Hyundai brak było w ofercie wymaganych przez Zamawiającego danych, gdzie w przypadku Odwołującego brak było danych na temat pracochłonności obsługi małej technicznej OM1, natomiast w ofercie Hyundai brak było informacji o cenie szkoleń dodatkowych (brak wyceny). W obu przypadkach wykonawcy zostali wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i w obu przypadkach złożyli wyjaśnienia. Hyundai wprowadził do treści formularza, już po terminie składania i otwarcia

ofert nowe, nieistniejące na dzień złożenia informacje odnośnie ceny za szkolenia dodatkowe, a, co należy również podkreślić, cena oferty stanowi również kryterium oceny ofert i to stanowi kolejną wspólną cechą obu przypadków. Zaznaczyć również należy, że w piśmie z dnia 4 września 2017 roku Zamawiający jednoznacznie wskazał, że szkolenia dodatkowe nie były wycenione, tym samym przez wstawienie „kresiek” w poszczególnych kolumnach wiersza 27 wykonawca Hyundai nie złożył oświadczenia (oferty) odnośnie szkoleń dodatkowych. W zasadzie to było nawet oświadczenie „negatywne”, czyli że nie oferuje lub też nie wycenia pozycji. W tym miejscu należy też zauważyć, że w przeciwieństwie do oferty wykonawcy Skoda, z oferty wykonawcy Hyundai nie wynika jedna, konkretna cena jednostkowa roboczogodzin lub osoboroboczogodzin za godzinę szkolenia, którą Zamawiający mógłby się posłużyć przy korekcie. W obu przypadkach mamy do czynienia z wymaganymi przez Zamawiającego wartościami, które wykonawcy mieli za zadanie podać w złożonej ofercie i w obu przypadkach nie wykonali ciążących na nich obowiązków, co w obliczu argumentacji prawnej przedstawionej w rozpoznaniu pierwszego zarzutu skutkować winno odrzuceniem obu ofert na tych samych podstawach prawnych i z uzasadnieniem faktycznym braku podania wymaganych danych w ofercie – jednakże Zamawiający tak nie postąpił i w inny sposób ocenił oferty. W tym kontekście można stwierdzić, że działanie Zamawiającego było niezgodne z zasadami Prawa zamówień publicznych, jak również innymi wskazywanymi przez Odwołującego przepisami tej ustawy. Jednakże brak prawidłowości w postępowaniu Zamawiającego w stosunku do oferty Hyundai nie może stanowić podstawy sanowania decyzji Zamawiającego w odniesieniu do innego wykonawcy (tutaj Odwołującego), nie może stanowić również takiego uzasadnienia, bowiem w przeciwnym wypadku doszłoby do sytuacji, w której czynność Zamawiającego niezgodna z zasadami stanowiłaby uzasadnienie naruszenia tychże zasad w przypadku innego wykonawcy. Dlatego też, choć Zamawiający postąpił różnie w stosunku do Odwołującego i do Hyundai, w tym pierwszym wypadku nie poprawiając oferty wykonawcy (nie wzywając do podania nowych danych), a w drugim dokonując takiej poprawy przez samodzielne przyjęcie nowej treści oferty (Zamawiający nie zaakceptował zmiany proponowanej przez wykonawcę, lecz dokonał samodzielnej korekty, wartości szkoleń), nie można przyjąć zasadności postawionego przez Odwołującego zarzutu. Uwzględnienie rozpoznawanego zarzutu doprowadziłoby do zatwierdzenia przez Izbę działania Zamawiającego niezgodnego z prawem, czego Izba nie może uczynić.

Natomiast w odniesieniu do oferty wykonawcy Skoda, w Formularzu Cenowym Szkoleń w wierszu 27 w kolumnie „Cena jednostkowa” oraz w kolumnie „Całkowita cena netto” wpisana została ta sama kwota 125 566, 00 zł, a cena szkoleń to 601 481 zł netto. Zamawiający za pismem z dnia 14 lipca 2017 roku dokonał poprawy w wierszu 27 ww.

formularza na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy dokonał poprawy w kolumnie 9 i 12 w wierszu 27 i w wierszu razem – cena szkoleń po poprawie 601 483 zł netto. Dokonana poprawa polegała na przyjęciu ceny jednostkowej za szkolenia dodatkowe w kwocie 313,92 netto, co przy 400 godzinach szkoleniowych daje 125 568, 00 zł netto (poprawa dokonana przez Zamawiającego na druku Formularza Cenowego Szkoleń).

W ocenie Izby działanie Zamawiającego było w tym zakresie prawidłowe. W sposób jednoznaczny z postanowień załącznika nr 5 do rozdziału IV wynikało, że w przypadku wiersza 27 odnoszącego się do szkoleń dodatkowych Zamawiający wskazał w kolumnie „Łączna suma godzin” wartość 400, jednakże z przypisem 3), zgodnie z którym cenę jednostkową należy podać za godzinę szkolenia, z nie za grupę jak podano w nazwie kolumny. Jednoznacznie wynika z tego, że wycenić w tej kolumnie wykonawca miał jedną godzinę szkoleniową. Słusznie wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2017 roku, że oczywistym było, że wpisana w kolumnie cena jednostkowa, która to wartość stanowiła ok. 25% całkowitej ceny wszystkich szkoleń zawartych w formularzu, stanowi omyłkę. Izba zaznacza, że Odwołujący wskazał, że „naturalnym” byłoby przyjęcie za cenę jednostkową wartości podanej w kolumnie cena jednostkowa i dokonanie następnie rachunków i wyliczenie ceny całkowitej szkoleń dodatkowych, co spowodowałoby zmianę ceny oferty o 50 226 400 zł. Takie działanie, jakie wskazuje Odwołujący, nie mieści się w granicach logicznego działania, ponieważ wskazywał on na zmianę ceny szkoleń o ponad 50 milionów złotych, gdy w ofercie cena szkoleń została określona na poziomie 600 tysięcy złotych, i, co istotne, nie różni się od cen szkoleń wskazanych przez innych wykonawców. Izba wskazuje również, że kwota ta została podana też w kolumnie „Całkowita cena brutto”. Zamawiający nie podał wykonawcom, w jaki sposób będzie dokonywał poprawy takich omyłek, nie wskazał również na takie postanowienia Odwołujący. Tym samym działanie Zamawiającego było logiczne i oparte o realne przesłanki, a uzyskana przez Zamawiającego cena jednostkowa za godzinę (wynikająca z podzielenia podanej wartości przez 400) odpowiadała ceną jednostkowym szkoleń w innych pozycjach. Pokreślić należy, że formalizm, jaki stara się wykazywać Odwołujący, nie stanowi celu samego w sobie. Słusznie w ocenie Izby Zamawiający dokonał poprawy oferty wykonawcy Skoda, w oparciu o informacje zawarte w treści złożonej oferty, a dokonując poprawek rachunkowych uwzględnił konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek (zmiana wartości o 2 złote wynikająca z zaokrąglenia cyfry 5 po przecinku).

Podkreślenia wymaga, że sytuacja Skody w sposób diametralny różniła się od sytuacji Odwołującego i wyżej omówionej sytuacji Hyundai, bowiem w treści oferty Zamawiający dysponował wszystkimi niezbędnymi informacjami jakie mogły być niezbędne

do przeprowadzenia poprawy oferty wykonawcy Skoda, a korekta był głównie korektą arytmetyczną.

Mając na względzie złożony przez Odwołującego wniosek o uznanie argumentacji przedstawionej w uzasadnienie tego zarzutu jako podstawy do przyjęcia zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert Hyundai i Skoda na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba stwierdziła, że nie było podstawy do przyjęcia, że zarzut taki został przez Odwołującego w odwołaniu podniesiony. Odwołanie się w ostatnim zdaniu odwołania do konieczności odrzucenia ofert ww. wykonawców Izba oceniła jako uzasadnienie wcześniej już podanej argumentacji faktycznej odnoszącej się do naruszenia zasad prowadzenia postępowania, mającej się wyrażać w traktowaniu wykonawców w odmienny sposób. Budowa zarzutu i podniesiona argumentacja faktyczna nie pozwala na uznanie, że mamy do czynienia z innym zarzutem niż nakierunkowany na dokonanie poprawy oferty Odwołującego.

Odnosnie zarzutu opisanego w punkcie B1 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania, pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazał posiadania odpowiedniego doświadczenia w zakresie wykonania dostaw co najmniej 15 fabrycznie nowych tramwajów o parametrach opisanych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ – Izba uznała za niezasadny.

W pierwszej kolejności należy uznać za niezasadne argumenty wskazujące na konieczność wykazania się przez wykonawcę składającego ofertę zrealizowanymi, a nie będącymi w trakcie realizacji umowami na dostawy tramwajów. Treść określonych przez Zamawiającego w SIWIZ wymagań (ustalonych i wskazanych w treści przywołanego odwołania) czyli „wykonawcy (...) którzy wykonali dostawy co najmniej 15 fabrycznie nowych tramwajów z napędem energoelektronicznym i niską podłogą (...)” wskazuje, że Zamawiającemu chodziło o dostawy, a nie realizacje kontraktów (umów). Wykładania językowa i celowościowa prowadzi do wniosku, że nie można uznać za poprawną wykładnię warunku prowadzącą do ograniczenia możliwości posługiwania się uzyskanym doświadczeniem przez poszczególnych wykonawców. Sam Odwołujący zauważył, że postępowanie to jest szczególnym postępowaniem, bowiem szczególny jest jego przedmiot. Zamawiający słusznie odwołał się do dostaw, a nie zrealizowanych umów lub kontraktów, bowiem to pozwala na wykazanie się doświadczeniem podmiotom, które realizują dostawy

w określonym, kilkuletnim przedziale czasowym. Dostawy tramwajów to zazwyczaj kontrakty o wielkiej skali finansowej i realizowane na potrzeby podmiotów publicznych, które to zamówienia rozkładane są na okresy wieloletnie. Również w przypadku przedmiotowego zamówienia, Zamawiający, określił termin realizacji w ramach zamówienia podstawowego na dostawę 123 tramwajów do 30 września 2036 roku, a w zamówieniu opcjonalnym – dostawa 90 tramwajów - do 30 listopada 2038 roku, przy czym, są to i tak terminy pierwotne jakie zostały ustalone, a w obliczu określonych przez Zamawiającego okoliczności mogą zostać zmienione.

W zakresie dowodów złożonych przez Odwołującego (dowód nr 3) czyli wyciągów fragmentów specyfikacji, w których to w zakresie ukształtowanych warunków udziału w postępowaniu odniesiono się nie tylko do wykonanych, czyli zrealizowanych zamówień, ale też takich, które są wykonywane, w ocenie Izby świadczy to tylko o tym, że w tych pięciu postępowaniach, w taki właśnie sposób zamawiający określili warunki udziału w postępowaniu. Treść tych powołanych dokumentów nie stanowi żadnej podstawy do wykładni postanowień zawartych w SIWIZ w prowadzonym postępowaniu. Również (dowód nr 6) wydruki fragmentów specyfikacji z postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, a przedstawionych przez Hyundai, nie stanowią żadnej podstawy do dokonywania wykładni warunku w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić należy, że ukształtowanie postanowień SIWIZ w zakresie wymagań określonych w warunku udziału w postępowaniu stanowi suwerenną wolę Zamawiającego, ograniczoną jedynie przepisami ustawy, a znaczenie wymagań tłumaczyć należy zgodnie z ich treścią. Dodatkowo Izba wskazuje, że Zamawiający nie wskazał w warunku jaką definicją słowa „dostawa” posługuje się, a jedynie zaznaczył, że miała być ona wykonana. Skoro dostawa potocznie to dostarczenie towarów (PWN) i zestawiając je z wymaganiem wykonania określonym przez Zamawiającego, to nie sposób inaczej odczytać warunku jak wykonanie dostarczenia co najmniej 15 fabrycznie nowych tramwajów odbiorcy, bądź odbiorcą. Należy zaznaczyć, że w treści samego warunku Zamawiający zawarł dyrektywy rozumienia tego warunku w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego, ponieważ w końcowej jego części określił, że dostawy co najmniej 15 tramwajów miały zostać wykonane w ramach nie więcej niż dwóch umów (zamówień). Tutaj Zamawiający dokonał zróżnicowania używanego pojęcia „dostawa” od wskazanego pojęcia „umowa”.

Hyundai w ofercie, w JEDZ na stronach 28-29 wskazał dwa projekty. W zakresie projektu wskazanego w drugiej pozycji zrealizowana została dostawa 8 z 38 tramwajów – Zamawiający oświadczył w trakcie rozprawy, że nie uwzględnił tej dostawy z uwagi na zbyt małą liczbę dostarczonych tramwajów. W zakresie pierwszej ze wskazanych dostaw, na

rzecz Urzędu Metropolitalnego Antalya wykonawca Hyundai wskazał realizację dostaw 17 tramwajów (na dzień 21 kwietnia 2017 roku) – zgodnie z Jedz dostawę realizował Hyundai Eurotem Demiryolu Araciari Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi.

W ocenie Izby, wskazana jako pierwsza, realizacja dostaw tramwajów dla Urzędu Metropolitalnego Antalya potwierdza wykonanie dostaw co najmniej 15 fabrycznie nowych tramwajów. Natomiast skoro wykazano w zakresie tej realizacji dostawę 15 fabrycznie nowych tramwajów, to wskazywana dostawa w drugiej pozycji, 8 z 38 tramwajów, staje się bezprzedmiotowa w połączeniu z pierwszą, a samodzielnie nie spełnia określonego warunku dostawy 15 fabrycznie nowych tramwajów – dlatego też Izba uznała za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy złożony przez Odwołującego (dowód nr 2) tj. informację od Dyrekcji Systemów Przedmiejskich. Zarówno w stanowisku prezentowanym na rozprawie jak również zawartym w piśmie z dnia 4 września 2017 roku Zamawiający podnosił, że nie brał pod uwagę przy ocenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dostawy 8 tramwajów.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia wskazanych w tym zarzucie przepisów ustawy, a ocena Zamawiającego była prawidłowa.

Odnosnie zarzutu opisanego w punkcie B2 - naruszenie art. 22a ust. 1-4 ustawy w zw. art. 7 ust. 1 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy, a także art. 25 ust. 2 ustawy w zw. z § 9 ust. 1 oraz § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1, dalej: „Rozporządzenie”), przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania, pomimo że wykonawca nie udowodnił, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego Hyundai Eurotem Demiryolu Araclari Sanaive Ticaret Anonim Sirketi (dalej: „Eurotem”) w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz nie udowodnił, że stosunek łączący tego wykonawcę z Eurotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, a przez to nie wykazał przy pomocy tych zasobów spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a ponadto nie przedłożył zobowiązania podmiotu trzeciego w oryginale – Izba uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że Hyundai podał w Jedz dla wykazania warunku dostawę zrealizowaną na rzecz Urzędu Metropolitalnego Antalya, którą realizowała Hyundai Eurotem Demiryolu Araciari Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi (dalej: Eurotem).

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2017 roku wezwał wykonawcę Hyundai na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia

wyjaśnień oraz wyjaśnienia lub uzupełnienia stosowanych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w tym wezwaniu. Zamawiający jednocześnie zaznaczył na ostatniej stronie wezwania, że jeżeli ze złożonych wyjaśnień nie będzie wynikało, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami, to wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 22a ust. 2 ustawy oraz na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy do udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu, na które się powołuje, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, ponieważ zobowiązanie przedstawione w ofercie nie spełnia wymagań ustawy.

W odpowiedzi Hyundai złożył pismo z dnia 23 czerwca 2017 roku wraz z załącznikami.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący zakwestionował możliwość uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego po upływie terminu składania ofert, jak również niezłożenie tego zobowiązania w oryginale i nie przedstawienia umocowania osób podpisujących Umowę współpracy.

Hyundai w wyniku wezwania Zamawiającego złożył w odpowiedzi informację, że zastąpił zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 15 maja 2017 roku załączone do oferty Umową o współpracy zawartą pomiędzy Hyundai a Eurotem w dniu 18 maja 2017 roku w Stambule. Odwołujący zakwestionował możliwość złożenia dokumentu (zobowiązania podmiotu trzeciego) po upływie terminu składania ofert, co Izba uznała za niezasadne. Zgodnie z postanowieniami art. 22a ust. 6 ustawy wykonawca ma prawo, w przypadku, gdy zdolność techniczna lub zawodowa podmiotu udostępniającego nie potwierdziła spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, na żądanie Zamawiającego, zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, bądź zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże spełnienie warunku. Tym samym, polski ustawodawca dopuścił, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, możliwość zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci lub wykazanie spełnienia warunku przez wykonawcę. Skoro ustawodawca dopuścił takie zmiany, to nie znajdującym uzasadnienia jest twierdzenie, że po terminie składania ofert nie można uzupełnić oświadczenia podmiotu trzeciego (bądź innego dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego). Próba rozumienia przepisów prezentowana przez Odwołującego prowadziłyby do wniosku, że należy każdorazowo dokonywać zmiany podmiotu trzeciego w przypadku, gdy nie zostanie złożone jego zobowiązanie (lub inny dokument), a przecież takie zobowiązanie może również być błędne bądź niepełne (czyli jakby go nie było) i podlega normalnej procedurze uzupełnienia, ponieważ jest dokumentem służącym wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Nie zawsze

musi zaistnieć konieczność zmiany podmiotu trzeciego, a jedynie dokumentów, które potwierdzają spełnienie warunku postępowaniu przez wykonawcę. Hyundai składając, na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia, oraz w odpowiedzi na końcową część wezwania składając Umowę o współpracy, którą zastąpił zobowiązanie podmiotu trzeciego załączone do oferty nie dokonał nieuprawnionej modyfikacji treści oferty. Podkreślić należy, że Umowa o współpracy została podpisana przed terminem składania ofert. Izba zaznacza również, że Odwołujący nie postawił zarzutów odwołania w oparciu o postanowienia art. 22a ust.6 ustawy.

Reasumując tę część Izba wskazuje, że przedstawienie przez Hyundai w wyniku wezwania Zamawiającego Umowy o współpracy z dnia 18 maja 2017 roku nie stanowiło naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy.

Umowa o współpracy z Hyundai została podpisana przez Pana J. H. R. (Eurotem), co zakwestionował Odwołujący. Jednakże, Odwołujący nie wykazał, dlaczego w jego ocenie uchwała Zarządu spółki Eurotem z dnia 3 kwietnia 2017 roku umocowująca Pana J. H. R. do podpisania dokumentów dotyczących przetargu jest niewystarczająca. Odwołujący pomija, że w treści ww. uchwały wskazano między innymi, że ww. osoba uprawniona została przez zarząd spółki do podpisania wszystkich koniecznych dokumentów dotyczących przetargu, ze wskazaniem w uchwale również nazwy postępowania oraz Zamawiającego. Odnosząc się do pisma z dnia 1 września 2017 roku złożonego w postępowaniu odwoławczym przez Hyundai, Izba uznaje za zasadną wskazaną tam argumentację odnoszącą się do wykładni oświadczeń woli, gdyż okoliczności, w których takie oświadczenie zostało złożone mogą mieć istotny wpływ na wynik tej wykładni. W rozpoznawanym przypadku niewątpliwie koniecznym dokumentem dotyczącym przetargu była Umowa o współpracy, która składana była w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę Hyundai warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje również na to, że Pana J. H. R., który działa w imieniu Eurotem, czyli podmiotu udostępniającego wykonawcy Hyundai wskazany zasób, w ten właśnie sposób mógł i w tym zakresie mógł podpisać dokumenty dotyczące przedmiotowego przetargu – właśnie podpisując dokument pochodzący od podmiotu trzeciego.

W podsumowaniu tej części Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, wskazanych przez Odwołującego w rozpoznawanym zarzucie, w wyniku złożenia Umowy o współpracy podpisanej przez Pana J. H. R. działającego na podstawie uchwały Zarządu spółki Eurotem.

Kolejnym podnoszonym elementem uzasadnienia faktycznego mającym wykazywać naruszenie podniesionych przez Odwołującego przepisów ustawy jest złożenie Umowy współpracy w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 22a ust 2 ustawy wykonawca, który korzysta z zasobów podmiotu trzeciego musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował odpowiednimi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów. Zgodnie z § 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, oraz dotyczące podwykonawców, składane są w oryginale. Z regulacji tej w sposób jednoznaczny wynika o jakie oświadczenia chodzi prawodawcy i jakie oświadczenia składane są w oryginale przez podmioty. Natomiast w odniesieniu do dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, innych niż oświadczenia, o których była powyżej mowa, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Odwołujący, wskazując na treść SIWZ pkt 11.12, pominął w swoim stanowisku punkt 12.12 SIWZ, którego postanowienia w zasadzie stanowią powtórzenie ww. regulacji rozporządzenia. W zakresie § 9 rozporządzenia, odnoszącego się do zakresu dokumentów żądanych od podmiotu trzeciego, również prawodawca posługuje się wyraźnym określeniem dokumenty, a nie oświadczenia. Zaznaczyć również należy, że w ww. rozporządzeniu uregulowano wymagania dotyczące złożenia oświadczeń przez podmioty trzecie, które mogą być wymagane, co do których należy zachować wymóg przedstawienia oryginału (dla przykładu można wskazać § 5 pkt 5). Należy mieć również na uwadze zmianę ustawową polegającą na skreśleniu przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, który w sposób jednoznaczny wskazywał na konieczność składania dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego w formie pisemnego zobowiązania, w obecnie obowiązującym art. 22a ust. 2 ustawy mowa jest jedynie o zobowiązaniu, bez określania formy składanego dokumentu.

W ocenie Izby, w podsumowaniu tej części, Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisów ustawy wskazanych w petitum odwołania w zakresie tego zarzutu.

Odwołujący argumentował, że Hyundai nie udowodnił, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi, odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego Eurotem w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz nie udowodnił, że stosunek łączący tego wykonawcę z Eurotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy, wykonawca może powoływać się na zasoby innego podmiotu, odnośnie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących między innymi zdolności technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Tym samym, uprawnieniem Hyundai było powołanie się na doświadczenie zawodowe

Eurotem w realizacji dostawy tramwajów. Ta ogólna zasada doznaje ograniczenia w przypadku robót budowlanych i usług, gdzie zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy, poleganie na zdolnościach innych podmiotów możliwe jest jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane bądź usługi, do realizacji których zdolności udostępnione wykonawcy są wymagane. W przypadku rozpoznawanej sprawy nie mamy do czynienia z taką sytuacją, bowiem przedmiotem zamówienia jest dostawa tramwajów. Przepis § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* określa zakresy jakie powinien zbadać Zamawiający w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów – czyli dokładnie w takim zakresie jakiego naruszenie podniósł Odwołujący. Na podstawie ww. przepisu rozporządzenia Zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu oraz sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, a także zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Hyundai, składając Zamawiającemu wyjaśnienia i Umowę o współpracy, w ocenie Izby wykazał dysponowanie niezbędnymi zasobami oraz realność udostępnionych zasobów Eurotem. Zakres udostępnionych Hyundai zasobów Eurotem określony został w punkcie 2.1. Umowy o współpracy, zgodnie z którym, strony zgodziły się współpracować w formie podwykonawstwa oraz innych formach współpracy, w szczególności techniczne i zawodowe doradztwo oraz konsultacje, zapewnienie personelu zdolnego do realizacji zamówienia, generalny nadzór nad należyłą realizacją projektu przez Hyundai. Następnie w kolejnym punkcie umowy zostały wskazane zasady udostępnienia zasobów, gdzie również będzie realizowane przez Eurotem podwykonawstwo na rzecz Hyundai. Jak również w kolejnych punktach wskazano inne formy współpracy, które odnoszą się do całości zamówienia, z wyjątkiem tej części objętej podwykonawstwem. Z kolejnych postanowień Umowy o współpracy wynika, że Eurotem zapewni Hyundai wymagane zasoby i informacje o charakterze technicznym, zawodowym, administracyjnym w treści uzgodnionej w załączniku do umowy. Eurotem udostępni specjalistów oraz pracowników – zasoby ludzkie – na każdym etapie prac, które obejmują techniczne i zawodowe doradztwo i konsultacje, zapewnienie personelu zdolnego do realizacji zamówienia oraz generalny nadzór na następujących etapach: etap projektowania – doświadczonych specjalistów świadczących usługi w zakresie zawodowych konsultacji w zakresie projektowania tramwajów oraz w zakresie odpowiednich rysunków, które będą częścią finalnego projektu; na etapie

zamówień – specjalistów do spraw zamówień przekazujących rekomendacje dotyczące dostawców i wymagań technicznych, które będą częścią specyfikacji technicznej zamówienia; na etapie produkcji – zakład produkcyjny, specjalistyczne narzędzia i wyposażenie, doświadczony zasoby pracownicze, doświadczeni pracownicy oddelegowani do zakładu produkcyjnego Hyundai w celu przekazania technicznego i zawodowego doradztwa i konsultacji w zakresie produkcji tramwajów; na etapie testowania – instrukcje badawcze do prowadzenia testów oraz pracowników wykonujących te testy; na etapie dostawy – pracowników i konsultantów do pakowania i wysyłki do miejsca wskazanego przez Hyundai; w okresie gwarancyjnym – techników lub konsultantów do prowadzenia odpowiedniego serwisu tramwajów; na innych etapach – wszystkie niezbędne zasoby techniczne i zawodowe.

W ocenie Izby podniesiona przez Odwołującego pozornie realność zobowiązania nie jest zasadna, podkreślić należy, że Odwołujący zbudował swoją argumentację kwestionując współpracę Eurotem i Hyundai na poziomie konsultacji i doradztwa. Należy zaznaczyć, że taka forma udostępnienia zasobów jest w przypadku dostaw dopuszczalna. Izba wskazuje, że ustawodawca nie narzucił podwykonawstwa jako wyłącznej formy współpracy pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim. Z przepisu art. 22a ust. 1 ustawy wyraźnie wynika, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich może mieć miejsce bez względu na charakter stosunków łączących strony. Współpraca ta może, lecz nie musi, mieć charakteru podwykonawstwa, natomiast strony zgodnie z zasadą swobody umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego. Tym samym, udział Eurotem w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, w części tego zamówienia, nie stanowi, i nie może stanowić argumentu, który uzasadniałby stanowisko Odwołującego. Podkreślić należy, że w orzecznictwie ugruntowany został pogląd, uwzględniający dyspozycję art. 22a ust. 4 ustawy, zgodnie z którym dopuszczalne są także inne formy udostępniania zasobów, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa (za pomocą których może równie skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobów), jak i rzeczywistego, czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. O spełnieniu tych przesłanek przesądza wszak treść udzielonego zobowiązania i nie można stawiać odgórnie tezy o tym, że sama forma konsultacji i doradztwa nie pozwala na to, by mogło dojść do rzeczywistego przekazania przez podmiot trzeci swojej zdolności zawodowej na rzecz innego podmiotu. Przepis art. 22a ust. 4 ustawy nakazujący konieczność wykonania zamówienia (robót budowlanych lub usług) przez podmiot trzeci, w takim zakresie w jakim udostępnione zdolności są wymagane do ich realizacji, nie może łamać ogólnej zasady stwarzającej możliwość wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę, bez względu na charakter stosunków łączących strony, w tym, bez udziału w realizacji

zamówienia jako podwykonawca, byleby wykorzystanie to było realne. Natomiast przez realne udostępnienie zasobów należy obecnie rozumieć aktywny udział w realizacji zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny realności udostępnionego potencjału przez Eurotem.

Odwołujący argumentował również, że przedmiotowe zamówienie nie jest standardowym zamówieniem, jednakże nie wskazał jak owa niestandardowość powinna być oceniana, ponieważ dla potencjalnego człowieka zakup jednego tramwaju już stanowi niestandardowe zamówienie, ale dla producentów tramwajów czy pojazdów szynowych oraz Zamawiających, których statutowym działaniem jest transport publiczny inny będzie miernik niestandardowości zamówienia. Odwołujący nie wskazał, czy chodzi mu o zakres przedmiotowy czy ilościowy zamówienia, tym samym trudno odnosić tą argumentację do czegokolwiek. Niewątpliwie przedmiotowe zamówienie jest specyficzne, opiewające na dużą ilość tramwajów technologicznie jak najlepsze, jednakże nie stanowi to przesłanki do innego, niewynikającego z przepisów i dotychczasowej praktyki oceny realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Izba zaznacza również, że Odwołujący pominął w swojej argumentacji, tak jakby nie zauważył, wskazane w Umowie o współpracy inne formy współpracy, jak choćby oddelegowanie pracowników do Hyundai, nadzór nad poszczególnymi etapami realizacji projektu, udostępnienie specjalistycznych narzędzi i wyposażenia oraz zakładów produkcyjnych. W sposób bardzo przejrzysty określa to załącznik nr 1 do umowy, gdzie w legendzie zamieszczonej pod tabelą wskazano, że zakres prac Eurotem, poza podwykonawstwem w określonym zakresie, to „techniczne i zawodowe doradztwo, techniczne i zawodowe konsultacje, zapewnienie personelu zdolnego do realizacji zamówienia, technicznej wiedzy specjalistycznej (know-how) i dostarczenie odpowiednich dokumentów, usługi nadzoru, o ile Rotem będzie ich potrzebował”. Odwołujący podnosił, że w załączniku zaznaczono udostępnienie o ile Hyundai będzie potrzebował, jednakże Odwołujący pominął dwie zasadnicze kwestie, a mianowicie: zakres form współpracy został określony w tabeli, gdzie podano główne formy współpracy, dla każdego wiersza tabeli, oraz po drugie, że stwierdzenie to dotyczy ostatniego członu zdania odnoszącego się do usług nadzoru, co potwierdza pozostała część legendy oraz przewidziany zakres prac Hyundai w tabeli, gdzie podano w jakich obszarach będzie realizowany nadzór i kontrola przez Hyundai.

Nie znajduje również uzasadnienia argumentacja Odwołującego sprowadzająca się do twierdzenia, że o realności zobowiązania podmiotu trzeciego świadczyć może, w szczególności, odpowiedzialność podmiotu trzeciego. Po pierwsze Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie o realności udostępnienia zasobów miałyby świadczyć odpowiedzialność podmiotu trzeciego i co stanowi taką szczególną przesłankę. Po drugie, jak słusznie zauważył Zamawiający, na podstawie art. 22 ust. 5 ustawy, wykonawca, który

polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą w skutek nieudostępnienia tych zasobów. Mamy tu do czynienia, ze szczególną regulacją w obrębie ww. przepisu ustawy, którego treść podobnie jak w przypadku art. 22a ust. 4 nie rozciąga się na wszystkie postanowienia, a jedynie stanowi wyjątek od ogólnej zasady, w której brak jest jakichkolwiek wymagań co do odpowiedzialności solidarnej wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasób względem Zamawiającego.

W ocenie Izby, w zakresie tego zarzutu odwołania Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w sposób prawidłowy dokonał oceny przedstawionej Umowy o współpracy, jako prawidłowo złożonej przez Hyundai, jak również wykazującej realność udostępnionych przez Eurotem zasobów na rzecz wykonawcy Hyundai.

Odnośnie zarzutu opisanego w punkcie B3 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Hyundai, pomimo, że wobec tego wykonawcy został wydany zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary (Dz. U. z 2015 poz.1212, 1844, 1855 oraz z 2016 r. poz. 437 i 544). Izba wskazuje, że tak skonstruowany przepis ustawy referuje bezpośrednio do konkretnego, obowiązującego aktu prawnego, na podstawie którego orzeczony został przez sąd zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne. W ocenie Izby nie sposób wyklądać tego przepisu w sposób rozszerzający, podkreślić należy, że stanowi on podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne w obecnym brzmieniu ustawy, aby mógł stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania musi być orzeczony przez sąd na podstawie ww. ustawy. Nie można uznać za zasadną argumentacji Odwołującego znajdującą się w piśmie z 16 lutego 2018 roku Załącznik do protokołu rozprawy z dnia 7 lutego 2018 roku, wskazującej na interpretowanie norm ww. przepisu systemowo i funkcjonalnie odnosząc je do jakiegokolwiek zakazu ubiegania się o zamówienie wydane na podstawie obcego prawa, pod warunkiem

potwierdzenia jego prawomocnym orzeczeniem przez sąd. Polski ustawodawca w sposób jednoznaczny określił podstawę wykluczenia i nie dopuścił do jej rozszerzania przez dokonywanie wykładni, interpretacji i to nie tylko w ramach sposobu rozumienia samej podstawy wykluczenia tj. wskazanej ustawy, na podstawie której wydany wyrok stanowi podstawę wykluczenia, ale dodatkowo interpretacji przepisu ustawy w związku z nieporównywalnością systemów prawnych i podstaw wydawania zakazów, odniesieniem do zakresów wydawanych zakazów, w tym podmiotów je wydających, jak również charakterem wynikającym z unormowań kontraktowych, administracyjnych czy karnych. Również nie można uznać za prawidłowe stanowiska reprezentowanego przez przystępującego PESA w piśmie z dnia 15 lutego 2017 roku, w szczególności nie można się zgodzić z argumentem o porównywalności brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 21 i pkt 13 ustawy, bowiem w tym pierwszym jest odniesienie do orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary, a w tym drugim mowa jest o prawomocnym skazaniu za przestępstwa, o których mowa w określonych przepisach określonych aktów prawnych, przy czym ustawodawca nie wskazał, że skazanie to miało nastąpić na podstawie wymienionych w przepisie aktów prawnych.

Uwzględniając powyższe Izba uznała za niezasadny podniesiony przez Odwołującego zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Hyundai, bowiem argumentacja faktyczna jak i przedstawiane przez Odwołującego dowody (dowód 4, 4/1, 4/2, 8) oraz złożone w postępowaniu opinie prawne (dowód nr 11 i opinia załączona do pisma z dnia 18 września 2017 roku wykonawcy Hyundai, oraz do pisma 16 lutego 2018 roku Odwołującego) nie wykazały, aby w stosunku do tego wykonawcy orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary.

Odnośnie zarzutu opisanego w punkcie B4 - naruszenie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez niezasadne uznanie za wykazane przez Hyundai, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w ramach procedury samooczyszczenia, mimo iż wykonawca nie udowodnił, że podjął środki odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania, pomimo że wykonawca w sposób zawiniony, poważnie naruszył obowiązki zawodowe – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Hyundai w dokumencie Jedz wskazał, że winien jest poważnego wykroczenia zawodowego, wskazał na naruszenie zobowiązania do ujawniania informacji w Indiach i na dokumenty załączone do oferty zawarte w załączniku nr 15 (w części zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Zamawiający w SIWZ określił, w punkcie 6.1.2, przesłankę fakultatywną wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy.

Obowiązujące przepisy wymagają przeprowadzenia tzw. procedury samooczyszczenia się wykonawcy. Procedurę samooczyszczenia regulują przepisy art. 24 ust. 8 i 9 ustawy. Przepis art. 24 ust. 8 ustawy stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 ust. 5 ustawy, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Natomiast art. 24 ust. 9 ustawy stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Procedura samooczyszczenia polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, Zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje Zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W rozpoznawanej sprawie nie jest spornym zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 5 ustawy, bowiem jak zostało to już wcześniej wskazane Hyundai w Jedz wskazał, że jest winien poważnego wykroczenia zawodowego. Czynności podejmowane w ramach samooczyszczenia, winny być podjęte przez wykonawcę na etapie procedury sanacyjnej i w ramach tych działań wykonawca powinien już na etapie procedury zamówieniowej wykazać skuteczność podjętych działań oraz wskazać naprawienie szkód. Ocena podjętego przez wykonawcę samooczyszczenia to ocena rzeczywistych działań tego wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie Hyundai w załączniku nr 15 do oferty przedstawił dokumenty, które, w ocenie Izby, potwierdzają prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny procedury samooczyszczenia. Podkreślenia wymaga, że nie ma jednego skodyfikowanego

katalogu środków naprawczych, które dany wykonawca jest zobowiązany stosować, aby wykazać, że naruszenia o których się oświadczył nie będą miały miejsca w przyszłości. W zależności od stanów faktycznych spraw różne będą stosowane przez wykonawcę środki zaradcze. Bezpośrednio wskazuje na to treść art. 24 ust. 5 ustawy, który w swej treści odnosi się jedynie do przykładowych środków zaradczych, które mogły zostać podjęte przez wykonawcę, jednocześnie przesądzając, że w tym wypadku ustawodawca wprowadza katalog otwarty działań jakie może podjąć wykonawca w celu samooczyszczenia. Podejmowane przez wykonawcę czynności, działania, środki zaradcze praktycznie w każdym przypadku, dla swojej skuteczności, będą inne, bardzo zindywidualizowane i odnoszące się do stanu faktycznego danej sprawy. W takim też odniesieniu muszą być oceniane. Zgodnie z wytycznymi wynikającymi z dyrektywy europejskiej wykonawca przyjmujący środki dostosowawcze mające na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania, może wskazać na środki, w szczególności (prawodawca europejski również jedynie przykładowo, w katalogu otwartym wskazuje możliwe środki zaradcze) obejmujące działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowanie, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktur audytu wewnętrznego monitorującego postrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. Działania wykonawców mają oferować wystarczające gwarancje, aby wykonawca nie był wykluczony z postępowań.

Wbrew twierdzeniom przystępującego PESA zawartym w złożonym piśmie nie dokonał przystępujący oceny środków naprawczych jakie podjął wykonawca Hyundai, o których informacje zawarł w załączniku nr 15 do oferty, żaden z tych dokumentów nie został nawet wspomniany w przytoczonej przez PESA argumentacji.

Z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę Hyundai wynika, że zostały podjęte działania, środki zaradcze, które miały doprowadzić do naprawienia sytuacji będącej przyczyną takiego, wskazanego w Jedz, zaistniałego stanu rzeczy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zapewne wynikających z faktu, że dokumenty przedstawione przez Hyundai zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, dokumenty zawierają wyczerpujące wyjaśnienia stanu faktycznego, w których opisano całą sytuację, jak również wskazano działania jakie podjął Hyundai, w tym działania personalne (dokument 8 – Decyzja KKDM, dokument „Informacja dotycząca naruszenia zobowiązania do ujawnienia informacji w Indiach”, załącznik nr 15 do oferty). Przedstawione dokumenty zawierają informacje na temat działań Hyundai podjętych niezwłocznie po czasie, w którym doszło do zdarzenia stanowiącego

naruszenie obowiązków zawodowych. Hyundai przedstawił dokument stanowiący podstawę podjęcia działań naprawczych i wprowadzenie środków zaradczych (dokument 8 – Decyzja dotycząca zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, wydana przez DMRC załącznik nr 15 do oferty); warto zaznaczyć treść punktu 3 tego pisma, *in fine*, która wskazuje podstawę wprowadzonego zakazu zawarcia umowy z Korporacją Kolejową Delhi Metro LTD. W tym zakresie również należy wskazać informację zawartą w punkcie I pisma „Informacja dotycząca naruszenia zobowiązania do ujawnienia informacji w Indiach” akapit drugi *in fine*. Przeprowadzono szczegółową analizę zaistniałej sytuacji, sprawdzono działanie wewnętrzne firmy - podjęto w firmie działania, których istotą było przekazanie informacji na temat przestrzegania norm etycznych (dokument nr 5 załącznika nr 15 do oferty) oraz przeprowadzono audyt sytuacji, która zaistniała (dokument 4 załącznik nr 15 do oferty), w ramach którego podjęto działania związane z wynikłą sprawą, co zostało określone w sprawozdaniu. Działania jakie zostały podjęte przez Hyundai, a mające na celu naprawienie zaistniałej sytuacji oraz zabezpieczenie firmy na przyszłość zawarte zostały również w oświadczeniu dotyczącym wymogu przestrzegania norm etycznych w zakresie transparentności (dokument 6 załącznik nr 15 do oferty), co wprost wskazuje na stosowanie przez Hyundai zaleceń znajdujących się w preambule dyrektywy. Nadmienić należy, że z podejmowanych przez Hyundai działań wynika sekwencyjność tych działań mających na celu wdrożenie środków zaradczych (dokument 7 załącznik nr 15 do oferty).

W ocenie Izby, działania Hyundai, podejmowane przez spółkę po zaistnieniu wskazanej przez tego wykonawcę sytuacji poważnego wykroczenia zawodowego, potwierdzają podejmowanie działań mających na celu wyeliminowanie przyczyn takiego zdarzenia, wprowadzenia środków mających na celu zapobieganie takim sytuacjom. Przedstawione dokumenty wskazują, że działania te były podejmowane po zaistnieniu zdarzenia oraz działania te są przez wykonawcę wewnętrznie kontrolowane. W ocenie Izby wykonawca Hyundai wykazał realność podejmowanych środków, które są wystarczające do wykazania rzetelności tego wykonawcy. Ocena przedstawionych dokumentów potwierdzających skuteczność procedury samooczyszczenia prowadzi, w ocenie Izby, do wniosków jakie zawarł w piśmie z 1 września 2017 roku Hyundai, gdzie przedstawił podsumowanie podjętych działań mających źródło w wyżej omówionych dokumentach.

Nie znajduje również w ocenie Izby uzasadnienia argumentacja Odwołującego wskazująca na konieczność wykluczenia Hyundai z postępowania z powodu brzmienia zdania drugiego art. 24 ust. 8 ustawy, zgodnie z którym procedury samooczyszczenia nie stosuje się jeżeli wobec wykonawcy będącym podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, oraz nie upłynął określony

w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Nie sposób uznać stanowiska Odwołującego, który podnosił, że treść art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy jest inaczej zredagowana niż art. 24 ust. 8 ustawy „który odnosi się bardziej ogólnie do orzeczenia zakazu”. Po pierwsze – Odwołujący nie wykazał, co w jego ocenie oznacza, że przepis odnosi się „bardziej ogólnie do orzeczenia zakazu”. Po drugie, w ocenie Izby nieuzasadnione jest przyjmowanie, że przesłankę wykluczenia – bowiem taką jest zdanie drugie art. 24 ust. 8 ustawy zakazujące przeprowadzenia procedury samooczyszczenia – należy interpretować w jakikolwiek sposób, bardziej ogólny. Przesłanek wykluczenia nie wolno interpretować, nie można wyklądać również treści przepisów odnoszących się do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sposób rozszerzający. Tym samym, w ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego o odniesieniu „bardziej ogólnie do orzeczenia zakazu”, ponieważ, aby w jakikolwiek sposób ocenić stanowisko Odwołującego, należałoby dokonać niedopuszczalnej wykładni, interpretacji wskazanego przepisu będącego podstawą prawną wykluczenia wykonawcy.

W ocenie Izby posłużenie się przez wykonawcę PESA, w piśmie z dnia 15 lutego 2018 roku, fragmentami orzeczenia Sądu w Delhi nie jest wystarczające do uzasadnienia stanowiska o braku wykazania samooczyszczenia, ponieważ wykonawca PESA nie podał, nie wyjaśnił jak należałoby odnosić działania podejmowane po zaistnieniu zdarzenia wykroczenia zawodowego, czyli te wszystkie podejmowane w ramach samooczyszczenia do wskazanego fragmentu uzasadnienia sądu, które to dotyczy okoliczności sprzed procedury samooczyszczenia. Podkreślić należy, że w tym postępowaniu Hyundai sam oświadczył w Jedz, że do poważnego wykroczenia zawodowego doszło – to nie było sporne między stronami, natomiast sposób samooczyszczenia i podejmowanych w tym zakresie działań był kwestionowany. Jeżeli wykonawca PESA uznawał, że jakieś działania w ramach samooczyszczenia powinny być podjęte, co wynikałoby z podnoszonego orzeczenia, powinien był wskazać o co wykonawcy chodziło i co powinno zostać ocenione w inny sposób. Ogólne, lakoniczne argumentowanie przez odniesienie się do fragmentu orzeczenia nie jest wystarczające i nie daje się ocenić, ponieważ w zasadzie sprowadzałyby się do poszukiwania przez Izbę zarzucanych przez wykonawcę PESA nieprawidłowości w ocenie dokumentów – a taki stan rzeczy jest niedopuszczalny.

Izba wskazuje w tym miejscu, że zgodnie z informacją jaką podał Hyundai, grecki Zamawiający Attiko Metro A.E. nie wykluczył Hyundai z postępowania na „Dostawę taboru szynowego dla Tramwajów w Atenach”, gdzie Hyundai ujawnił w formularzu Jedz informacje na temat zakazu wynikającego z decyzji DMRC. Zaznaczyć należy, że obowiązujące dyrektywy dotyczą wszystkich państw członkowskich UE.

Odnosnie zarzutu opisanego w punkcie B5 - naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 80 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (dalej: „Dyrektywa sektorowa”) w zw. z art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w zw. z art. 18 ust. 2 tej dyrektywy, przez niezasadne uznanie za wykazane przez Hyundai, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w ramach procedury samooczyszczenia, w zakresie skazania członków zarządu za naruszenie przepisów prawa pracy Republiki Korei, mimo że nie udowodnił, że podjął środki odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hyundai z postępowania na ww. podstawie - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z informacją zawartą w Jedz Hyundai wskazał na naruszenie przepisów prawa pracy Republiki Korei oraz załączył do oferty dokumenty odnośnie podjętych działań w ramach samooczyszczenia.

Odwołujący jako podstawę zaniechania wykluczenia wykonawcy wskazał art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy, zgodnie z którym, z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy. W pkt 13 ww. przepisu mowa jest o wykluczeniu wykonawcy będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: a) o którym mowa w art. 165a, art. 181–188, art. 189a, art. 218–221, art. 228–230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270–309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r. poz. 1137, z późn. zm.6)) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2016 r. poz. 176, 1170 i 1171 oraz z 2017 r. poz. 60 i 1051), b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, c) skarbowe, d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769).

Izba wskazuje, że aby mówić o skuteczności dokonania procedury samooczyszczenia najpierw niezbędne jest przyporządkowanie wskazanego naruszenia do skonkretyzowanego przez ustawodawcę – przez odniesienie się do podanych przestępstw, o których mowa w wymienionych przepisach – przestępstwa. Odwołujący nie wskazuje w odwołaniu z jakim to przestępstwem, o którym mowa w powołanych wyżej przepisach mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Odwołujący nie wskazał również takiej argumentacji w trakcie rozprawy. W ocenie Izby, wykazane przez Hyundai w Jedz naruszenie przepisów prawa pracy Republiki Korei, polegające na utrzymaniu przez Hyundai większej liczby pełnoetatowych przedstawicieli związków zawodowych niż wynikało to z obowiązujących w Korei przepisów (odpowiedzialny za przekroczenie ustalonego limitu czasu pracy i wypłaty nieuzasadnionej pensji), nie mieści się w katalogu przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy. Tym samym, skazanie urzędującego członka zarządu Hyundai, na karę grzywny z tego tytułu, nie stanowi podstawy wykluczenia wykonawcy Hyundai na podniesionej podstawie prawnej tj. art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy. Skoro nie zaistniała podstawa wykluczenia z postępowania to nie będzie prowadzona procedura samooczyszczenia oraz nie będą podlegały ocenie dokumenty złożone przez Hyundai wraz z ofertą.

Reasumując Izba uznała, że nie zostały naruszone przepisy art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy, a w konsekwencji nie doszło do naruszenia oraz art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 80 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (dalej: „Dyrektywa sektorowa”) w zw. z art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w zw. z art. 18 ust. 2 tej dyrektywy.

Odnośnie zarzutu opisanego w punkcie C5 – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, tj. złożonej przez osobę nieuprawnioną, a ściślej z przekroczeniem umocowania wynikającego z załączonego do oferty pełnomocnictwa - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Do oferty Skody załączone zostało pełnomocnictwo z dnia 16 maja 2017 roku dla Pana Wojciecha Grzonki (str. 35), który podpisywał złożoną przez Skodę ofertę.

Z treści złożonego pełnomocnictwa wynika, że „Pełnomocnictwo obejmuje wszystkie czynności w w/w postępowaniu i związane z w/w postępowaniem przetargowym

prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, a w szczególności obejmuje umocowanie do składania i podpisywania wszelkich niezbędnych oświadczeń i dokumentów, w tym oferty wraz z załącznikami (...). Należy również wskazać, że w pełnomocnictwie podano nazwę Zamawiającego, nazwę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz numer referencyjny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Treść złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa w sposób jednoznaczny określa, że Pan Wojciech Grzonka umocowany został do podpisania oferty wraz z załącznikami. Pokreślenia wymaga w tym miejscu, że Odwołujący w swojej argumentacji pominął w ogóle powyższe postanowienia pełnomocnictwa i zbudował swoją argumentację jedynie w oparciu o inne, kolejne zdanie zawarte w pełnomocnictwie. W ocenie Izby wykładając oświadczenie z uwzględnieniem celu dla jakiego zostało ono złożone, a czego nie można pomijać, umocowanie Pana Grzonki do podpisania oferty i załączników jest nie budzi wątpliwości i jednoznacznie wynika z treści pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo, poza w szczególności umocowaniem do podpisania umowy, zawierało również umocowanie do podpisywania, składania i cofania wszelkich pism odwołań, przystąpień, sprzeciwów jak również do reprezentacji przez Krajową Izbę Odwoławczą – takie umocowanie wskazuje na bardzo szeroki wachlarz uprawnień przydzielonych pełnomocnikowi. Dodatkowo należy wskazać, że na etapie składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie dochodzi do tworzenia zobowiązania finansowego, a jedynie można rozpatrywać złożenie oferty w kategoriach czynności przedkontraktowej, nie rodzących skutków finansowych.

Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wskazanego art. 89 ust. 8 ustawy.

Odnosnie zarzutu opisanego w punkcie C6 - naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z pkt 14 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy pomimo braku wykazania braku podstaw wykluczenia w zakresie niekaralności jednego z członków rady nadzorczej - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Termin składania oferty w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 19 maja 2017 roku. Zaświadczenie z Krajowego Rejestru Republiki Czeskiej dla Pani K. M. wystawione zostało w dniu 14 lipca 2017 roku i złożone Zamawiającemu w dniu 7 sierpnia 2017 roku, na wezwanie z dnia 27 lipca 2017 roku. W dniu złożenia ofert Pani K. M. nie była członkiem Rady Nadzorczej, bowiem funkcję tę zaczęła pełnić w dniu 2 czerwca 2017 roku, o czym Skoda powiadomiła Zamawiającego w piśmie z dnia 7 sierpnia 2017 roku.

Izby wskazuje, że Odwołujący pominął w swojej argumentacji fakt, że Pani M. w dniu składania ofert nie była członkiem Rady Nadzorczej. Zaświadczenie o niekaralności

członka Rady Nadzorczej, jest jednym z dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy, tj. braku podstaw wykluczenia z postępowania. Dokument ten składany jest na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, które skierowane jest do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Zgodnie z treścią przywołanego w zdaniu poprzednim przepisu, dokument ten powinien być aktualny na dzień jego złożenia, a granice tej aktualności wyznaczone są przez określenie najwcześniejszej daty wystawienia takiego dokumentu, określonej w § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Izba zaznacza, że zmianie uległ również art. 26 ust. 3 ustawy, który do lipca 2016 roku obowiązywał w nieaktualnym dzisiaj już brzmieniu, jednakże wskazującym, że dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W obecnym stanie prawnym, regulacja art. 26 ust. 3 ustawy nie odnosi się terminu składania ofert, nie odnosi się do żadnego terminu.

Skoda złożyła dokument Zaświadczenie z Krajowego Rejestru Republiki Czeskiej dla Pani K. M. aktualne na dzień złożenia dokumentu, a ocena tego dokumentu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z pkt 14 ustawy.

Odnosnie zarzutu opisanego w punkcie C1, C2, C3, C4

W zakresie zarzutów opisanych w punktach C1, C2, C3, C4 odwołania Odwołujący wskazywał naruszenie odpowiednio:

C1 - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Skoda pomimo podania w ofercie niezgodnego z rzeczywistością, stanem techniki oraz treścią SIWZ, punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, zaniżonego parametru zużycia energii elektrycznej przez oferowane tramwaje,

C2 - art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Skoda z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu - w zakresie informacji na temat zużycia energii elektrycznej przez oferowane tramwaje

C3 - art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty Skoda pomimo, że jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe - w związku z okolicznościami faktycznymi powołanymi w C1,

C4 - art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Skoda pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji - w związku okolicznościami faktycznymi powołanymi w C1.

W zakresie ww. rozpoznawanych zarzutów Izba dopuściła dowód z opinii biegłego w zakresie parametru „zużycia energii”. Biegły sądowy mgr inż. R. J. przedstawił dokument „Opinia w zakresie parametru „zużycia energii” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlunowych, całkowicie niskopodłogowych” – część jawna i część niejawna.

W protokole rozprawy z dnia 4 września 2017 roku Izba zobowiązała strony i uczestników postępowania do przedstawienia pism, dowodów, które biegły powinien był wziąć pod uwagę wydając opinię w przedmiotowej sprawie. Izba określiła, że opinia biegłego będzie wydawana w oparciu o dokumentacje przedstawioną przez Zamawiającego Izbie, jak również złożone do Izby pisma Stron i uczestników postępowania, oraz z uwzględnieniem pism jakie zostaną przekazane Izbie w terminie do 18 września 2017 oraz stanowisk w odniesieniu do tych pism, złożony w terminie do 22 września 2017 roku.

W postanowieniu z dnia 13 grudnia 2017 roku (stanowiącym kolejne w sprawie postanowienie o powołaniu biegłego i wyznaczeniu biegłego w sprawie, z uwagi na brak wydania opinii przez biegłego pierwotnie powołanego do wydania opinii) Izba wskazała zakres dokumentacji jaki stanowił podstawę wydania opinii, w tym zakresie uwzględniona została również *Opinia dotycząca analizy parametru zużycia energii elektrycznej podanego przez Skoda Transportation A.S. - Politechnika Gdańska Wydział Elektrotechniki i Automatyki*, autorzy opracowania: prof. nz PG dr hab. Inż. K. K., dr inż. L. J., dr inż. S. J., dr inż. M. M., inż. P. B., którą wykonawca Hyundai przedstawiła za pismem z dnia 29 września 2017 roku, jednakże jej złożenie sygnalizował w piśmie wcześniejszym, składanym zgodnie z zakreślonymi terminami.

Izba podkreśla, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlunowych, całkowicie niskopodłogowych” Zamawiający wymagał podania przez wykonawców parametrów „zużycia energii” dla każdego typu tramwaju (tramwaj typu 1, tramwaj typu 2, tramwaj typu 3). Parametr ten oceniany był przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny oferty, w którym to kryterium (Zużycie energii) oceniana była wartość zużycia energii dla podanego profilu trasy i obciążenia nominalnego, obliczona zgodnie z *Instrukcją*

przygotowania danych niezbędnych do oceny oferty określoną w załącznik nr 4 do rozdziału IV SIWZ (oraz udzielonymi wyjaśnieniami do SIWZ w trakcie prowadzonej procedury). Ocena w kryterium polegała na sumarycznym obliczeniu zużycia energii i następnie ocenie punktowej według wzoru określonego w SIWZ. Waga kryterium wynosiła 9%.

Izba w postanowieniu z dnia 13 grudnia 2017 roku skierowała do biegłego pięć pytań wymagających specjalistycznej wiedzy, odpowiedzi na te pytania stanowiły o istocie problemu jaki zaistniał w rozpoznawanej sprawie.

Z opinii biegłego wynika między innymi, że nie jest możliwe uzyskanie parametru zużycia energii zadeklarowanego w ofercie Skoda dla każdego z typów tramwajów (typ 1, typ 2, typ 3), a założenia jakie przyjął wykonawca Skoda do obliczeń są częściowo niezgodne z wymaganiami jakie określił Zamawiający w dokumentacji postępowania. Wskazane zostało nieuwzględnienie w wartości zużycia energii na potrzeby zasilania urządzeń grzewczo – klimatyzacyjnych oraz wskutek nieuzasadnionego, niezgodnego z wymaganiami określonymi w SIWZ zaniżenia czasu postoju tramwaju przed skrzyżowaniami z sygnalizacją świetlną oraz na przystankach, co przełożyło się na zaniżoną wartość zużycia energii na potrzeby własne tramwaju.

Biegły w czasie rozprawy z jego udziałem w złożonych wyjaśnieniach podtrzymał stanowisko zaprezentowane w złożonej opinii pisemnej, przedstawionych odpowiedziach na pytania i poczynionej argumentacji.

W odpowiedziach na pytania składu biegły wyjaśnił, że na stronie 29 opinii części niejawniej wartości podane w ostatnim akapicie punktu X, stanowią zaokrąglone wartości wyniku, z uwagi na dokonywane obliczenia, natomiast wartości wymienione wcześniej, stanowiły wynik kalkulacyjny.

Biegły w odpowiedzi wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wartość zużycia energii dla każdego typu tramwaju miała być podana kategorycznie, a nie w przybliżeniu, wskazał na postanowienia SIWZ. Należy w tym miejscu również podkreślić, że Zamawiający, Odwołujący, PESA, Hyundai oraz Skoda podali w odpowiedzi na pytanie, że wartość parametru zużycia energii miała być podana dokładnie, a nie w przybliżeniu. Dodatkowo biegły wskazał, że wartość ta stanowi podstawę naliczania kar umownych. Izba zaznacza również, że wartość parametru zużycia energii przez każdy typ tramwaju stanowi parametr oceny ofert.

Izba również zaznacza w tym miejscu, że zgodnie z oświadczeniami złożonymi na rozprawie przez Hyundai, PESA oraz konsorcjum Stadler, założenia zawarte w SIWZ w zakresie

temperatury 5-10°C na zewnątrz i 15°C +/- 2°C wewnątrz, traktowane były jako wymóg obowiązkowy, natomiast Skoda wskazała, że wyjaśnienie, w zakresie temperatur przyjętych do obliczeń, zostało zawarte w piśmie z 9 czerwca 2017 roku. W piśmie z dnia 9 lutego 2018 roku wykonawca Skoda na stronie 13 i 14 wskazał wymaganą temperaturę wnętrza tj. 15°C. Izba podkreśla w tym miejscu, że wykonawcy, w oparciu o „Instrukcję przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „Zużycie energii”” punkt 5, obowiązani byli do przyjęcia konkretnych wskazanych tam wartości, tym samym w ocenie Izby nie było możliwości przyjmowania jakichś innych wartości, elementów które nie zostały opisane przez Zamawiającego takich jak np. nasłonecznienie.

Wykonawca (każdy) obowiązany był również, obliczając zużycie energii dla każdego typu tramwaju, uwzględnić czasy przejazdu zgodnie z wymaganiami wskazanymi w „Instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „Zużycie energii”” (dalej: Instrukcja) odnośnie postoju na przystankach i przed sygnalizacją świetlną – 30 s.

Zdaniem Izby, ocena dokumentów przedstawionych przez Skoda, tj. pisma z dnia 9 czerwca 2017 roku oraz dokumentów załączonych do pisma z dnia 18 września 2017 roku (stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa) prowadzi do wniosków, jakie w wyniku swojego badania uzyskał biegły. Kluczowym dla Izby staje się pismo z dnia 9 lutego 2018 roku złożonego przez wykonawcę Skoda (złożonego w egzemplarzu stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa oraz egzemplarzu z usuniętymi treściami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa). Skoda odwołuje się w tym dokumencie do dokumentów składanych w czasie prowadzenia postępowania, dlatego też Izba zwraca szczególną uwagę na treść dokumentu wyjaśnień z dnia 9 czerwca 2017 roku strona 1, druga kropka od dołu oraz treść dokumentu I.8 załączonego do pisma Skody z dnia 18 września 2017 roku strona 1 tiret trzecie i czwarte, a następnie argumentację zawartą w piśmie z dnia 9 lutego 2018 roku w części odnoszącej się do ocen i rozwiązań zawartych w części niejawniej opinii biegłego pkt 2. Wskazanie Skoda, że krótsze czasy postojów przewidział autor wewnętrznych obliczeń dokonanych w spółce Skoda, która to dokumenty Skoda złożyła przed KIO jako materiał uwiarygadniający, sporządzony przed wprowadzonymi zmianami, w szczególności w odpowiedzi na pytania numer 518, 519, 525, jest w ocenie Izby niewiarygodne i potwierdza prawidłowość dokonanych przez biegłego ustaleń, ponieważ wartości parametrów zużycia energii dla każdego typu tramwaju o jakich mowa jest w Dokumencie I.8 załączonym do pisma z dnia 18 września 2017 roku wskazane na ostatniej stronie tego pisma są identyczne jak te, podane w ofercie. Tak więc, zgodnie z tym co zostało ujęte również w opinii biegłego, czasy przejazdów zostały nieprawidłowo przyjęte przez Skoda, tym samym powstaje niezgodność z treścią SIWZ, którą Skoda potwierdziła podając w piśmie z 9 lutego 2018

roku, że ulega zmianie wartość zużycia energii dla każdego z typów tramwajów. Jednocześnie Izba wskazuje, że Skoda wskazała w ww. piśmie na założenia jakie poczyniono, a jakie nie były określone w SIWZ – chodzi o średnie nasłonecznienie (co również Skoda wskazywała na wcześniejszym etapie). Przyjmowanie wartości parametrów, które nie są podane w SIWZ również stanowi złożenie oferty z naruszeniem przepisów ustawy. Nie można uznać za zasadną argumentacji Skody, że skorzystała ona ze swoich uprawnień i przyjęła, że w czasie testu będą panować korzystne warunki pogodowe, bowiem to powoduje, że oferty wykonawców, z uwagi na przyjęte samodzielnie przez Skodę założenia są w zasadzie nieporównywalne tzn. nieporównywalna z innymi ofertami jest oferta Skody oraz niezgodna z SIWZ. Słusznie przyjął biegły wskazując, że wykonawcy mieli jednakowe warunki opisane w SIWZ. W ocenie Izby samodzielne kształtowanie danych wartości dlatego, że nie zostały określone w SIWZ, nie może zostać uznane za prawidłowe działanie i jest niedopuszczalne. W piśmie ww. Skoda również wskazała założoną temperaturę wewnątrz pojazdu tj. 15°C. W ocenie Izby przyjmowanie założeń związanych z pogodą oraz w konsekwencji, że słońce przez powierzchnie szklane ogrzewa wnętrze tramwaju nie znajduje uzasadnienia i w ocenie Izby stanowi jedynie tłumaczenie i wyjaśnienia na potrzeby postępowania odwoławczego, jak również jest niezgodne z założeniami określonymi w SIWZ dla dokonania stosownych pomiarów parametrów zużycia energii dla każdego typu tramwaju, podawanych przez każdego wykonawcę w ramach kryterium oceny ofert. Wskazać należy w tym miejscu, że argumentacja samej Skody prowadzi już do wniosku, że przyjmowanie jakichkolwiek założeń pogodowych – które, co należy ponownie podkreślić nie było określone w SIWZ – prowadzi do różnych wniosków, które stara się wykazać Skoda, i tak raz wskazuje, że w przyjętych obliczeniach zużycia energii, gdzie przyjęto krótsze czasy postoju na przystankach i sygnalizatorach świetlnych (co przyznano) jednocześnie przyjęto bardziej rygorystyczne, niż w SIWZ, warunki pogodowe – przy średnim nasłonecznieniu. Natomiast następnie Skoda przyjęła, że w czasie testów będą panować korzystne warunki pogodowe, co będzie miało bardzo istotny wpływ na zużycie energii przez tramwaj każdego typu. Izba wskazuje, że dla oceny zgodności przeprowadzenia obliczeń z postanowieniami SIWZ istotnym jest fakt, że w punkcie 5 wspomnianej Instrukcji Zamawiający nie określił żadnych warunków pogodowych, tym samym na potrzeby wyliczenia wartości parametru zużycia energii, w tym postępowaniu przetargowym, na nie należało ich brać pod uwagę, nawet więcej nie wolno ich było brać pod uwagę, a tym bardziej robić samodzielnie jakichkolwiek założeń co do nasłonecznienia - czy to średniego czy braku zachmurzenia.

W zasadzie stanowisko Skody przedstawione w piśmie z dnia 9 lutego 2017 roku potwierdza niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ, bowiem obliczenie parametru ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert nastąpiło, zgodnie z prezentowanym

stanowiskiem Skody w oparciu o parametry i założenia, które nie były określone w SIWZ i tym samym nie należało brać ich pod uwagę. Na stronie 18 pisma z dnia 9 lutego 2018 roku Skoda w drugim akapicie, w trzech „kropkach” ponownie wskazuje na elementy, o jakie skorygować należy obliczenia zużycia energii, a które nie były przewidziane w SIWZ.

Izba również wskazuje, że biegły w czasie rozprawy wyjaśnił, że *aby zakumulowaną energię oddać, trzeba wpięrw naładować zasobnik, pozyskać energię. W tramwaju energia pozyskiwane jest w skutek hamowania, w SIWZ określono liczbę hamowań na trasie, z uwzględnieniem podhamowania na spadkach (profil trasy), co w efekcie powoduje ograniczenie wartości energii, która może zostać zakumulowana.* Możliwość zmniejszenia zużycia energii w każdym typie tramwaju przez stosowanie zasobnika również zostało ograniczone przez Zamawiającego, a tym ograniczeniem jest możliwość naładowania zasobnika energii określona w SIWZ, w Instrukcji. Tym samym, argumentacja dotycząca zasobników energii byłaby wiarygodna, gdyby odnosiła się do wartości jaka faktycznie może zostać zgromadzona w zasobniku zgodnie z profilem trasy i założeniami Zamawiającego określonymi w SIWZ odnośnie hamowania. Wtedy argumentacja Skody odnośnie ultrakondensatora i możliwości gromadzenia w nim energii byłaby zasadna. Samo natomiast odnoszenie się do nowoczesnych ultrakondensatorów nie jest wystarczające, bo nie tylko sam zasobnik tu jest istotny, ale również wartość energii jaka może zostać w nim zgromadzona na określonej w Instrukcji trasie. W tym miejscu Izba również wskazuje na złożony przez Skodę, przed samym zamknięciem rozprawy, dokumenty z dnia 14 lutego 2018 roku „Opinia techniczna”, dokumentu tego Izba nie może pominąć z uwagi na obowiązujące przepisy, jednakże nie może być on inaczej traktowany jak stanowisko Skody – w dokumencie tym (tajemnica przedsiębiorstwa) na stronie 3 ostatni akapit i stronie 8 w akapicie trzecim, Skoda wskazała ponownie na przyjęte do określenia wartości parametru zużycia energii dane, które nie były określone w SIWZ, w Instrukcji. Tym samym ponownie Skoda potwierdziła, że dokonanie obliczeń parametrów zużycia energii dla każdego typu tramwaju nastąpiło niezgodnie z SIWZ.

Podsumowując tę część Izba wskazuje, że na ostatnią stronę pisma Skody z dnia 9 lutego 2018 roku podkreślając, że zgodnie z informacjami tam zawartymi wartość zużycia energii dla każdego typu tramwaju, choć jak wskazuje Skoda jest mniejsza od wskazanej wartości przez biegłego, to nie jest jednocześnie równe temu wskazanemu w ofercie Skody, a jedynie „zbliża się wartości oferowanej”. Tym samym Skoda sama oświadczyła, wskazała w tym miejscu, że wartości parametrów zużycia energii dla każdego typu tramwajów jakie może osiągnąć są inne od tych wskazanych w ofercie. Jednocześnie w piśmie tym Skoda wskazała na niezgodności z SIWZ, odmienności parametrów przyjętych do obliczeń wartości parametru zużycia energii dla każdego typu tramwaju.

W stanowisku Zamawiającego dotyczącym opinii biegłego w zakresie parametru zużycia energii złożonym na rozprawie w Uwadze 2 na załączonych kartach wskazuje Zamawiający również na otrzymaną procentową różnicę (tajemnica przedsiębiorstwa) wartości poboru energii z sieci trakcyjnej, która to wartość jest wyższa od wartości oferowanej i niższa od wartości wskazanej przez biegłego. Również w Uwadze 10 na załączonych kartach Zamawiający wskazuje na uzyskanie większych wartości dla tramwaju typu 1 od deklarowanych przez Skoda.

Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (zarzut C1) przez Zamawiającego dokonującego oceny oferty Skoda w zakresie parametru zużycia energii, bowiem wykonawca ten przyjął do obliczeń parametru zużycia energii nieistniejące w SIWZ, w Instrukcji założenia, co potwierdza powyżej zawarta analiza i ocena dokonana przez Izbę na podstawie opinii biegłego, stanowisk stron i uczestników zawartych w pismach procesowych i składanych do akt sprawy dokumentach, w tym poszczególnych opiniach i suplementów do opinii, jak również z uwzględnieniem składanych dowodów w trakcie rozprawy. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość złożonej w danym postępowaniu oferty nie została, tak jak w przedmiotowym przypadku, policzona zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w Instrukcji.

W ocenie Izby nie można uznać za zasadne wskazanego przez Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy (zarzut C2). W ocenie Izby Odwołujący pominął argumentację w zakresie istotnej części ww. przepisu ustawy odnoszącą się do działania wykonawcy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa i jako takie przesłanki te winien był wykazać Odwołujący, czego w ocenie Izby nie uczynił. Samo wskazanie w uzasadnieniu odwołania na treści przepisu ustawy nie stanowi wystarczającej argumentacji faktycznej dla uznania istnienia zarzutu i oceny jego zasadności. W tym zakresie w trakcie rozprawy argumentowała Skoda wskazując, że działania w zakresie zużycia energii nie zostały wykonane przez Skodę lekkomyślnie, czego dowodzi przeprowadzenie pomiarów w Bratysławie przy użyciu wagonów tramwajów, zbudowanych w oparciu o tą samą konstrukcję, tylko starszej generacji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego (zarzut C3) przez zaniechanie odrzucenia oferty Skoda pomimo, że jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Izba wskazuje, że samo podniesienie w petitum odwołania zarzutu i odniesienie się do okoliczności faktycznych wskazanych w punkcie C1 nie jest wystarczającą argumentacją dla uzasadnienia tego zarzutu. W odniesieniu do przedmiotowej sprawy Odwołujący nie wykazał, że niemożliwość świadczenia jest w tym przypadku obiektywna, to znaczy taka, że danego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko Skoda ale również nikt inny, jak również Odwołujący nie wykazał że niemożliwość tego świadczenia była pierwotna, czyli w tym przypadku istniejąca na moment złożenia oferty, jak również nie wykazał Odwołujący, że była ona nieprzemijająca. W doktrynie przedmiotu wskazuje się na konieczność odróżnienia nieprzemijającej niemożliwości świadczenia od umów o świadczenie przyszłe, którego przedmiot nie istnieje w chwili zawarcia umowy – jednakże i w tym zakresie Odwołujący nie poczynił żadnej argumentacji. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut C4) przez zaniechanie odrzucenia oferty Skoda pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w związku okolicznościami faktycznymi powołanymi w C1 – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazał na naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie odnosząc się od innych przepisów wymienionej wcześniej ustawy. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub*

przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006). Art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąc klauzulę generalną wymaga od powołującego się na jej naruszenie szczególnego wykazania przesłanek umożliwiających dokonanie rzetelnej i prawidłowej oceny. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, a w szczególności, gdy zarzut budowany jest w oparciu o naruszenie klauzuli generalnej, powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach. Pojęcie „dobre obyczaje” jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje *nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje(...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą* (Ewa Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010*). W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazał na naruszenie ww. przepisów z uwagi na zaoferowanie „obiektywnie niemożliwych do dotrzymania wartości zużycia energii”. Odwołujący winien był wykazać, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów, stanowiących normy postępowania w danych okolicznościach - tego Odwołujący nie uczynił. Podkreślić należy w tym miejscu, że Skoda wielokrotnie podnosiła, że oparła swoje obliczenia na parametrach otrzymanych w wyniku przeprowadzonych pomiarów zużycia energii elektrycznej tramwaju typu 30T w Bratysławie. Nie sposób również uznać, aby ewentualny błąd w obliczeniach parametrów zużycia energii w oferowanych tramwajach rozpatrywać należało w kategorii zagrożenia lub naruszenia interesów innego przedsiębiorcy. Odwołujący nie wykazał tej zależności. Dodatkowo Izba wskazuje również, co podnosiła Skoda, że nie istnieją przepisy prawa odnoszące się do pomiarów zużycia energii.

Izba mając na uwadze uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Skoda, która to wykonawca dokonał obliczenia parametru zużycia energii w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy tj. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z powodu tego, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych dokonanej przez Zamawiającego właśnie na ww. podstawie prawnej.

Sygn. akt KIO 1746/17

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zarzut 2 z petitum odwołania

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust 3 ustawy - zaniechania odrzucenia oferty Skoda, pomimo że podana wartość kryterium zużycia energii wskazuje na to, że Skoda nie zastosowała się do Instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „Zużycie energii” znajdującej się w załączniku nr 4 do rozdziału IV SIWZ, co świadczy o tym, że oferta Skoda została sporządzona w inny sposób niż żądał tego Zamawiający – Izba zarzut uznała za zasadny.

W zakresie ww. rozpoznawanych zarzutów Izba dopuściła dowód z opinii biegłego w zakresie parametru „zużycia energii”. Biegły sądowy mgr inż. R. J. przedstawił dokument „Opinia w zakresie parametru „zużycia energii” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych” – część jawna i część niejawna.

W protokole rozprawy z dnia 4 września 2017 roku Izba zobowiązała strony i uczestników postępowania do przedstawienia pism, dowodów, które biegły powinien był wziąć pod uwagę wydając opinię w przedmiotowej sprawie. Izba określiła, że opinia biegłego będzie wydawana w oparciu o dokumentację przedstawioną przez Zamawiającego Izbie, jak również złożone do Izby pisma Stron i uczestników postępowania, oraz z uwzględnieniem pism jakie zostaną przekazane Izbie w terminie do 18 września 2017 oraz stanowisk w odniesieniu do tych pism, złożony w terminie do 22 września 2017 roku.

W postanowieniu z dnia 13 grudnia 2017 roku (stanowiącym kolejne w sprawie postanowienie o powołaniu biegłego i wyznaczeniu biegłego w sprawie, z uwagi na brak wydania opinii przez biegłego pierwotnie powołanego do wydania opinii) Izba wskazała zakres dokumentacji jaki stanowił podstawę wydania opinii, w tym zakresie uwzględniona została również *Opinia dotycząca analizy parametru zużycia energii elektrycznej podanego przez Skoda Transportation A.S. - Politechnika Gdańska Wydział Elektrotechniki*

i Automatyki, autorzy opracowania: prof. nz PG dr hab. Inż. K. K., dr inż. L. J., dr inż. S. J., dr inż. M. M., inż. P. B., którą wykonawca Hyundai przedstawiła za pismem z dnia 29 września 2017 roku, jednakże jej złożenie sygnalizował w piśmie wcześniejszym, składanym zgodnie z zakreślonymi terminami.

Izba podkreśla, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlónowych, całkowicie niskopodłogowych” Zamawiający wymagał podania przez wykonawców parametrów „zużycia energii” dla każdego typu tramwaju (tramwaj typu 1, tramwaj typu 2, tramwaj typu 3). Parametr ten oceniany był przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny oferty, w którym to kryterium (Zużycie energii) oceniana była wartość zużycia energii dla podanego profilu trasy i obciążenia nominalnego, obliczona zgodnie z *Instrukcją przygotowania danych niezbędnych do oceny oferty* określoną w załącznik nr 4 do rozdziału IV SIWZ (oraz udzielonymi wyjaśnieniami do SIWZ w trakcie prowadzonej procedury). Ocena w kryterium polegała na sumarycznym obliczeniu zużycia energii i następnie ocenie punktowej według wzoru określonego w SIWZ. Waga kryterium wynosiła 9%.

Izba w postanowieniu z dnia 13 grudnia 2017 roku skierowała do biegłego pięć pytań wymagających specjalistycznej wiedzy, odpowiedzi na te pytania stanowiły o istocie problemu jaki zaistniał w rozpoznawanej sprawie.

Z opinii biegłego wynika między innymi, że nie jest możliwe uzyskanie parametru zużycia energii zadeklarowanego w ofercie Skoda dla każdego z typów tramwajów (typ 1, typ 2, typ 3), a założenia jakie przyjął wykonawca Skoda do obliczeń są częściowo niezgodne z wymaganiami jakie określił Zamawiający w dokumentacji postępowania. Wskazane zostało nieuwzględnienie w wartości zużycia energii na potrzeby zasilania urządzeń grzewczo – klimatyzacyjnych oraz wskutek nieuzasadnionego, niezgodnego z wymaganiami określonymi w SIWZ zaniżenia czasu postoju tramwaju przed skrzyżowaniami z sygnalizacją świetlną oraz na przystankach, co przełożyło się na zaniżoną wartość zużycia energii na potrzeby własne tramwaju.

Biegły w czasie rozprawy z jego udziałem w złożonych wyjaśnieniach podtrzymał stanowisko zaprezentowane w złożonej opinii pisemnej, przedstawionych odpowiedziach na pytania i poczynionej argumentacji.

W odpowiedziach na pytania składu biegły wyjaśnił, że na stronie 29 opinii części niejawniej wartości podane w ostatnim akapicie punktu X, stanowią zaokrąglone wartości wyniku,

z uwagi na dokonywane obliczenia, natomiast wartości wymienione wcześniej, stanowiły wynik kalkulacyjny.

Biegły w odpowiedzi wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wartość zużycia energii dla każdego typu tramwaju miała być podana kategorycznie, a nie w przybliżeniu, wskazał na postanowienia SIWZ. Należy w tym miejscu również podkreślić, że Zamawiający, Odwołujący, PESA, Hyundai oraz Skoda podali w odpowiedzi na pytanie, że wartość parametru zużycia energii miała być podana dokładnie, a nie w przybliżeniu. Dodatkowo biegły wskazał, że wartość ta stanowi podstawę naliczania kar umownych. Izba zaznacza również, że wartość parametru zużycia energii przez każdy typ tramwaju stanowi parametr oceny ofert.

Izba również zaznacza w tym miejscu, że zgodnie z oświadczeniami złożonymi na rozprawie przez Hyundai, PESA oraz konsorcjum Stadler, założenia zawarte w SIWZ w zakresie temperatury 5-10°C na zewnątrz i 15°C +/- 2°C wewnątrz, traktowane były jako wymóg obowiązkowy, natomiast Skoda wskazała, że wyjaśnienie, w zakresie temperatur przyjętych do obliczeń, zostało zawarte w piśmie z 9 czerwca 2017 roku. W piśmie z dnia 9 lutego 2018 roku wykonawca Skoda na stronie 13 i 14 wskazał wymaganą temperaturę wnętrza tj. 15°C. Izba podkreśla w tym miejscu, że wykonawcy, w oparciu o „Instrukcję przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „Zużycie energii”” punkt 5, obowiązani byli do przyjęcia konkretnych wskazanych tam wartości, tym samym w ocenie Izby nie było możliwości przyjmowania jakichś innych wartości, elementów które nie zostały opisane przez Zamawiającego takich jak np. nasłonecznienie.

Wykonawca (każdy) obowiązany był również, obliczając zużycie energii dla każdego typu tramwaju, uwzględnić czasy przejazdu zgodnie z wymaganiami wskazanymi w „Instrukcji przygotowania danych niezbędnych do oceny ofert w kryterium „Zużycie energii”” (dalej: Instrukcja) odnośnie postojów na przystankach i przed sygnalizacją świetlną – 30 s.

Zdaniem Izby, ocena dokumentów przedstawionych przez Skoda, tj. pisma z dnia 9 czerwca 2017 roku oraz dokumentów załączonych do pisma z dnia 18 września 2017 roku (stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa) prowadzi do wniosków, jakie w wyniku swojego badania uzyskał biegły. Kluczowym dla Izby staje się pismo z dnia 9 lutego 2018 roku złożone przez wykonawcę Skoda (złożone w egzemplarzu stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa oraz egzemplarzu z usuniętymi treściami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa). Skoda odwołuje się w tym dokumencie do dokumentów składanych w czasie prowadzenia postępowania, dlatego też Izba zwraca szczególną uwagę na treść dokumentu wyjaśnień z dnia 9 czerwca 2017 roku strona 1, druga kropka od dołu oraz treść

dokumentu I.8 załączonego do pisma Skoda z dnia 18 września 2017 roku strona 1 tiret trzecie i czwarte, a następnie argumentację zawartą w piśmie z dnia 9 lutego 2018 roku w części odnoszącej się do ocen i rozwiązań zawartych w części niejawniej opinii biegłego pkt 2. Wskazanie Skoda, że krótsze czasy postojów przewidział autor wewnętrznych obliczeń dokonanych w spółce Skoda, która to dokumenty Skoda złożyła przed KIO jako materiał uwiarygadniający, sporządzony przed wprowadzonymi zmianami, w szczególności w odpowiedzi na pytania numer 518, 519, 525, jest w ocenie Izby niewiarygodne i potwierdza prawidłowość dokonanych przez biegłego ustaleń, ponieważ wartości parametrów zużycia energii dla każdego typu tramwaju o jakich mowa jest w Dokumencie I.8 załączonym do pisma z dnia 18 września 2017 roku wskazane na ostatniej stronie tego pisma są identyczne jak te, podane w ofercie. Tak więc, zgodnie z tym co zostało ujęte również w opinii biegłego, czasy przejazdów zostały nieprawidłowo przyjęte przez Skoda, tym samym powstaje niezgodność z treścią SIWZ, którą Skoda potwierdziła podając w piśmie z 9 lutego 2018 roku, że ulega zmianie wartość zużycia energii dla każdego z typów tramwajów. Jednocześnie Izba wskazuje, że Skoda wskazała w ww. piśmie na założenia jakie poczyniono, a jakie nie były określone w SIWZ – chodzi o średnie nasłonecznienie (co również Skoda wskazywała na wcześniejszym etapie). Przyjmowanie wartości parametrów, które nie są podane w SIWZ również stanowi złożenie oferty z naruszeniem przepisów ustawy. Nie można uznać za zasadną argumentacji Skody, że skorzystała ona ze swoich uprawnień i przyjęła, że w czasie testu będą panować korzystne warunki pogodowe, bowiem to powoduje, że oferty wykonawców, z uwagi na przyjęte samodzielnie przez Skodę założenia są w zasadzie nieporównywalne tzn. nieporównywalna z innymi ofertami jest oferta Skody oraz niezgodna z SIWZ. Słusznie przyjął biegły wskazując, że wykonawcy mieli jednakowe warunki opisane w SIWZ. W ocenie Izby samodzielne kształtowanie danych wartości dlatego, że nie zostały określone w SIWZ, nie może zostać uznane za prawidłowe działanie i jest niedopuszczalne. W piśmie ww. Skoda również wskazała założoną temperaturę wewnątrz pojazdu tj. 15°C. W ocenie Izby przyjmowanie założeń związanych z pogodą oraz w konsekwencji, że słońce przez powierzchnie szklane ogrzewa wnętrze tramwaju nie znajduje uzasadnienia i w ocenie Izby stanowi jedynie tłumaczenie i wyjaśnienia na potrzeby postępowania odwoławczego, jak również jest niezgodne z założeniami określonymi w SIWZ dla dokonania stosownych pomiarów parametrów zużycia energii dla każdego typu tramwaju, podawanych przez każdego wykonawcę w ramach kryterium oceny ofert. Wskazać należy w tym miejscu, że argumentacja samej Skody prowadzi już do wniosku, że przyjmowanie jakichkolwiek założeń pogodowych – które, co należy ponownie podkreślić nie było określone w SIWZ – prowadzi do różnych wniosków, które stara się wykazać Skoda, i tak raz wskazuje, że w przyjętych obliczeniach zużycia energii, gdzie przyjęto krótsze czasy postoju na przystankach i sygnalizatorach

świetlnych (co przyznano) jednocześnie przyjęto bardziej rygorystyczne, niż w SIWZ, warunki pogodowe – przy średnim nasłonecznieniu. Natomiast następnie Skoda przyjęła, że w czasie testów będą panować korzystne warunki pogodowe, co będzie miało bardzo istotny wpływ na zużycie energii przez tramwaj każdego typu. Izba wskazuje, że dla oceny zgodności przeprowadzenia obliczeń z postanowieniami SIWZ istotnym jest fakt, że w punkcie 5 wspomnianej Instrukcji Zamawiający nie określił żadnych warunków pogodowych, tym samym na potrzeby wyliczenia wartości parametru zużycia energii, w tym postępowaniu przetargowym, na nie należało ich brać pod uwagę, nawet więcej nie wolno ich było brać pod uwagę, a tym bardziej robić samodzielnie jakichkolwiek założeń co do nasłonecznienia - czy to średniego czy braku zachmurzenia.

W zasadzie stanowisko Skody przedstawione w piśmie z dnia 9 lutego 2017 roku potwierdza niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ, bowiem obliczenie parametru ocenianego w ramach kryteriów oceny ofert nastąpiło, zgodnie z prezentowanym stanowiskiem Skody w oparciu o parametry i założenia, które nie były określone w SIWZ i tym samym nie należało brać ich pod uwagę. Na stronie 18 pisma z dnia 9 lutego 2018 roku Skoda w drugim akapicie, w trzech „kropkach” ponownie wskazuje na elementy, o jakie skorygować należy obliczenia zużycia energii, a które nie były przewidziane w SIWZ.

Izba również wskazuje, że biegły w czasie rozprawy wyjaśnił, że *aby zakumulowaną energię oddać, trzeba wpierv naładować zasobnik, pozyskać energię. W tramwaju energia pozyskiwane jest w skutek hamowania, w SIWZ określono liczbę hamowań na trasie, z uwzględnieniem podhamowania na spadkach (profil trasy), co w efekcie powoduje ograniczenie wartości energii, która może zostać zakumulowana.* Możliwość zmniejszenia zużycia energii w każdym typie tramwaju przez stosowanie zasobnika również zostało ograniczone przez Zamawiającego, a tym ograniczeniem jest możliwość naładowania zasobnika energii określona w SIWZ, w Instrukcji. Tym samym, argumentacja dotycząca zasobników energii byłaby wiarygodna, gdyby odnosiła się do wartości jaka faktycznie może zostać zgromadzona w zasobniku zgodnie z profilem trasy i założeniami Zamawiającego określonymi w SIWZ odnośnie hamowania. Wtedy argumentacja Skody odnośnie ultrakondensatora i możliwości gromadzenia w nim energii byłaby zasadna. Samo natomiast odnoszenie się do nowoczesnych ultrakondensatorów nie jest wystarczające, bo nie tylko sam zasobnik tu jest istotny, ale również wartość energii jaka może zostać w nim zgromadzona na określonej w Instrukcji trasie. W tym miejscu Izba również wskazuje na złożony przez Skodę, przed samym zamknięciem rozprawy, dokumenty z dnia 14 lutego 2018 roku „Opinia techniczna”, dokumentu tego Izba nie może pominąć z uwagi na obowiązujące przepisy, jednakże nie może być on inaczej traktowany jak stanowisko Skody – w dokumencie tym (tajemnica przedsiębiorstwa) na stronie 3 ostatni akapit i stronie 8 w akapicie trzecim, Skoda wskazała ponownie na przyjęte do określenia wartości

parametru zużycia energii dane, które nie były określone w SIWZ, w Instrukcji. Tym samym ponownie Skoda potwierdziła, że dokonanie obliczeń parametrów zużycia energii dla każdego typu tramwaju nastąpiło niezgodnie z SIWZ.

Podsumowując tę część Izba wskazuje, że na ostatnią stronę pisma Skody z dnia 9 lutego 2018 roku podkreślając, że zgodnie z informacjami tam zawartymi wartość zużycia energii dla każdego typu tramwaju, choć jak wskazuje Skoda jest mniejsza od wskazanej wartości przez biegłego, to nie jest jednocześnie równe temu wskazanemu w ofercie Skody, a jedynie „zbliża się wartości oferowanej”. Tym samym Skoda sama oświadczyła, wskazała w tym miejscu, że wartości parametrów zużycia energii dla każdego typu tramwajów jakie może osiągnąć są inne od tych wskazanych w ofercie. Jednocześnie w piśmie tym Skoda wskazała na niezgodności z SIWZ, odmienności parametrów przyjętych do obliczeń wartości parametru zużycia energii dla każdego typu tramwaju.

W stanowisku Zamawiającego dotyczącym opinii biegłego w zakresie parametru zużycia energii złożonym na rozprawie w Uwadze 2 na załączonych kartach wskazuje Zamawiający również na otrzymaną procentową różnicę (tajemnica przedsiębiorstwa) wartości poboru energii z sieci trakcyjnej, która to wartość jest wyższa od wartości oferowanej i niższa od wartości wskazanej przez biegłego. Również w Uwadze 10 na załączonych kartach Zamawiający wskazuje na uzyskanie większych wartości dla tramwaju typu 1 od deklarowanych przez Skoda.

Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez Zamawiającego dokonującego oceny oferty Skoda w zakresie parametru zużycia energii, bowiem wykonawca ten przyjął do obliczeń parametru zużycia energii nieistniejące w SIWZ, w Instrukcji założenia, co potwierdza powyżej zawarta analiza i ocena dokonana przez Izbę na podstawie opinii biegłego, stanowisk stron i uczestników zawartych w pismach procesowych i składanych do akt sprawy dokumentach, w tym poszczególnych opinii i suplementów do opinii jak również z uwzględnieniem składanych dowodów w trakcie rozprawy. Złożone przez Odwołującego opinie zostały poddane analizie biegłego, który uznał zasadność zawartych tam wniosków, co znajduje odzwierciedlenie w opinii biegłego. Słusznie wskazał Odwołujący, że Skoda w piśmie z 9 lutego 2018 roku przyznała, że nie spełnia wymagań SIWZ, a skrócony czas przejazdu miałby zostać zrekomensowany warunkami pogodowymi. Odwołujący w uzupełnieniu wskazał, że czas przejazdu wyliczony w opinii Politechniki Gdańskiej - 120 minut oparty został na ustaleniach, przyjętych z dokumentacji, z zastrzeżeniem, że nie mogą być uzyskiwane dowolne przyspieszenia, co jest podyktowane prądem pobieranym z sieci trakcyjnej, a prędkość jazdy również jest uzależniona od wymagań określonych w SIWZ, gdzie wskazywało na jazdę forsowną,

co ma również wpływ na zużycie energii. Odwołujący podkreślał również w trakcie rozprawy, że w opracowaniu przedstawionym przez Skodę, a w opinii biegłego oznaczonym symbolem nr 5, nie zostały uwzględnione odpowiedzi na pytania numer 518, 519 i 525, tym samym obliczenia, dokonane przez Skodę, nie są zgodne z postanowieniami SIWZ.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z SIWZ – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość złożonej w danym postępowaniu oferty nie została, tak jak w przedmiotowym przypadku, policzona zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w Instrukcji. Potwierdzają to zarówno złożone w postępowaniu dokumenty jak również opinia biegłego, a w szczególności stanowisko zaprezentowane przez Skodę.

Zarzut 1 z petitum odwołania

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, nr 153, poz. 1503) w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazał na naruszenie art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z zasadami prawa zamówień publicznych określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi*

obyczajami. (...). *Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów* (Szwaja J., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006*). Art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąc klauzulę generalną wymaga od powołującego się na jej naruszenie szczególnego wykazania przesłanek umożliwiających dokonanie rzetelnej i prawidłowej oceny. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, a w szczególności, gdy zarzut budowany jest w oparciu o naruszenie klauzuli generalnej, powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach. Pojęcie „dobre obyczaje” jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje *nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje(...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą* (Ewa Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010*). W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazał na naruszenie ww. przepisów z uwagi znaczące zaniżenie wartości zużycia energii stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert. Odwołujący winien był wykazać, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów, stanowiących normy postępowania w danych okolicznościach - tego Odwołujący nie uczynił. W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia argumentacja Odwołującego wskazująca, że zwiększenie deklarowanego zużycia energii o zaledwie 19 % w ofercie Skody spowodowałoby uzyskanie większej ilości punktów przez Odwołującego i uznanie jego oferty za najkorzystniejszą, bowiem na etapie przygotowywania ofert wykonawcy nie znali wartości punktowej oferowanych przez siebie parametrów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert. Podkreślić należy w tym miejscu, że Skoda wielokrotnie podnosiła, że oparła swoje obliczenia na parametrach otrzymanych w wyniku przeprowadzonych pomiarów zużycia energii elektrycznej tramwaju typu 30T w Bratysławie. Nie sposób również uznać aby ewentualny błąd w obliczeniach parametrów zużycia energii w oferowanych tramwajach rozpatrywać należało w kategorii zagrożenia lub naruszenia interesów innego przedsiębiorcy. Odwołujący nie wykazał tej zależności. Odwołujący nie wykazał również, że nieprawidłowe, niezgodne z postanowieniami SIWZ obliczenie parametru zużycia energii stanowi naruszenie dobrych obyczajów, sam fakt, że Skoda w sposób nieprawidłowy policzyła parametr zużycia energii, niezgodnie z postanowieniami SIWZ nie przesądza o naruszeniu dobrych obyczajów. Odwołujący wskazując w swoim uzasadnieniu na opinie (załączone do odwołania oraz kolejne ich wersje załączone do pisma procesowego) nie ujmował błędnych założeń przyjętych przez Skodę

do obliczenia parametru zużycia energii, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty wykonawcy Skoda jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ (Instrukcji). Tym samym opinie te, do których referuje Odwołujący mogłyby stanowić zasadną argumentację w sytuacji, gdyby założenia Skody przy wyliczeniu parametru zużycia energii były prawidłowe i zgodne z SIWZ, Instrukcją. W ustalonym i stwierdzonym stanie rzeczy są one niemiarodajne, bowiem oferta Skody nie odpowiada wymaganiom SIWZ. W analizowanym stanie faktycznym Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów. Jednocześnie Izba wskazuje również, co podnosiła Skoda, że nie istnieją przepisy prawa odnoszące się do pomiarów zużycia energii.

Podnoszone przez Odwołującego naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy, również nie zasługuje na uwzględnienie. W piśmiennictwie wskazuje się, że *przymus o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5, wyraża się w wywołaniu przez przedsiębiorcę stanu, w którym zachowujący się rozsądnie klient, w celu ochrony własnych interesów, po prostu nie może skorzystać z ofert konkurencyjnych* (Ewa Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010*). W rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający nie mógł wybrać innej oferty w postępowaniu. Dokonana nieprawidłowa ocena oferty Skoda, a w efekcie jej wybór nie powoduje pozytywnego wypełnienia przesłanek z ww. artykułu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności nie wykazał Odwołujący działania polegającego na wymuszeniu na Zamawiającym wyboru oferty Skody.

W ocenie Izby nie jest zasadne wskazane przez Odwołującego, w ramach zawartego w odwołaniu uzasadnienia rozpoznawanego ww. zarzutu, naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy, zgodnie z którym to przepisem, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który bezprawnie wpłynął lub próbował wpłynąć na czynności Zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, że ww. przepis odnosi się do innego typu działań niż te zarzucane Skodzie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przykład przekupstwa. Izba podkreśla, że celem ustawodawcy nie jest sankcjonowanie kolejnymi przepisami ustawy tych samych działań wykonawcy lub zdarzeń w postępowaniu, do których odnoszą np. przepisy o odrzuceniu oferty.

Zarzut 3 z petitum odwołania

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy - przez wybór oferty Skoda jako najkorzystniejszej – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a kryteriami zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy, w szczególności może być jakość, w tym parametr techniczny, właściwości estetyczne i funkcjonalne.

Izba zaznacza, że czym innym jest niewłaściwe, niezgodne z SIWZ obliczenie wartości parametru – w tym przypadku parametru zużycia energii, co zostało wykazane w rozpoznaniu zarzutu 2 z petitum odwołania – natomiast inną okolicznością jest zastosowanie bądź niezastosowanie na etapie oceny ofert ustalonych w SIWZ i podanych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny ofert.

W rozpoznawanej sprawie Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ i podane w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Zarzut 4 z petitum odwołania

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Skody do złożenia wyjaśnień dotyczących parametrów zużycia energii – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że w tym zakresie argumentacja Odwołującego jest niezasadna, bowiem Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w dniu 5 czerwca 2017 roku, a Skoda w odpowiedzi pismem z dnia 9 czerwca 2017 roku złożyła wyjaśnienia.

Zarzut 5 z petitum odwołania

W odniesieniu do wskazanego naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 96 ust. 2 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu, po wyborze oferty Skoda jako najkorzystniejszej pism skierowanych do Skody oraz pochodzących od Skody wskazanych w Protokole postępowania pod poz. 37, 40, 53, 60, 65, 66, 97, 98 i 100, w sytuacji w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

a co uniemożliwia Odwołującemu wszechstronną i kompleksową weryfikację działań Zamawiającego i Skoda w istotnym zakresie, jak również ogranicza Odwołującemu możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w celu podważenia wyniku postępowania, Izba wskazuje, co następuje:

w zakresie podniesionych naruszeń przez Odwołującego w ocenie Izby nie można mówić o ukształtowaniu przez Odwołującego zarzutu odwołania. Dość obszerne stanowisko zawarte w uzasadnieniu odwołania nie stanowi żadnej argumentacji faktycznej odnoszącej się do kwestionowanych zaniechań Zamawiającego. Odwołujący w trakcie rozprawy zarzucił Zamawiającemu automatyzm w podejmowaniu decyzji odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa w poszczególnych ofertach wykonawców, jednakże w ocenie Izby, to Odwołujący podnosząc ww. naruszenia przepisów działań automatycznie i bez jakiegokolwiek argumentacji faktycznej. Sprowadzenie twierdzeń Odwołującego do stanowiska, że nieujawnienie treści pism, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ogranicza Odwołującemu możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w celu podważenia wyniku postępowania nie stanowi uzasadnienia faktycznego dla podanych przepisów prawa. Izba zaznacza, że Odwołujący nie wiedział czego dotyczą owe pisma, ponieważ jak przyznał w trakcie rozprawy, nie kierował do Zamawiającego w tym zakresie żadnych pytań. Można zatem, w tym miejscu, postawić pytanie retoryczne – jeżeli Odwołujący nie wie czego dotyczy dane pismo (co ogólnie wskazał w piśmie procesowym Zamawiający), to jak może skutecznie podnosić niezasadność objęcia takiego pisma tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący nie był w stanie, nie wiedząc czego dotyczą poszczególne pisma, jak również nie mając wiedzy czy zawierają one uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych pism, skutecznie i zasadnie skonstruować zarzutu. Wskazanie naruszeń przepisów do jakich referuje Odwołujący podniesione zostało bez jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, a takiego być nie mogło, bo Odwołujący nie wie, czego dotycząc dokumenty, których odtajnienia żąda (poza numerami pism w Protokole postępowania). Słusznie w ocenie Izby wskazał Odwołujący, że tajemnicą przedsiębiorstwa chroni się informacje zawarte w dokumentach, a nie same dokumenty. Tym bardziej w ocenie Izby Odwołujący podkreślił brak argumentacji faktycznej i uzasadnienia podniesionego naruszenia poszczególnych zarzutów odwołania, ponieważ Odwołujący nie referował w swoim stanowisku do żadnej informacji zawartej w dokumentach.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem*

proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”

W rozpoznawanej sprawie, Odwołujący nie wiedząc czego dotyczą pisma nie jest w stanie określić konkretnej okoliczności faktycznej, natomiast określenie przez Izbę zakresu informacji zawartych w pismach wymienionych w protokole postępowania i doniesienie się do ich treści przez dokonanie oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w nich zawartych stanowiłoby samodzielne wprowadzenie do postępowania odwoławczego okoliczności niepodnoszonych przez Odwołującego, co jest niedozwolone.

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”*

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: *Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować*

ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W rozpoznawanym przypadku poza wskazaniem numerów pism (w przypisie odwołania podania informacji z Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia) Odwołujący w zasadzie skupił uwagę na przepisach prawa oraz szerokim przytoczeniu orzecznictwa, czego nie można uznać za argumentację faktyczną zarzutu. Tak poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretów. Należy zauważyć, że przy takiej konstrukcji odwołania ocena zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa została by przerzucona na Izbę, gdzie Izba winna dokonywać oceny zasadności podnoszonych przez Odwołującego argumentów, a nie wyręczać go w argumentacji.

Zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów – Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej. Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek

rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. W rozpoznawanej sprawie, w zakresie podniesionych naruszeń przepisów, w zasadzie nie wiadomo z czym nie zgadza się Odwołujący, poza tym, że się nie zgadza z decyzją Zamawiającego.

Brak określenia zarzutów w odwołaniu czyli, poza podstawą prawną i stanem faktycznym, wskazania uzasadnienia faktycznego konkretnych czynności/zaniechań Zamawiającego leżących u podstaw wnoszonego środka ochrony prawnej stanowił przyczynę uznania niezasadności naruszeń przepisów wskazanych w petitum odwołania w punkcie 5.

Zarzut 6 z petitum odwołania

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy - przez zaniechanie wezwania Skoda do przedstawienia wymaganych przez SIWZ: aktualnej na dzień złożenia informacji z właściwego rejestru albo w przypadku jego braku - innego równoważnego dokumentu albo oświadczenia wykonawcy, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia – Izba uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z pismem z dnia 27 lipca 2017 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy, wezwał Skodę w trybie art. 26 ust. 1 ustawy między innymi do:

4) *ponadto, w związku ze złożeniem wraz z ofertą:*

c) *„Wypisu z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku (wraz z tłumaczeniem), będącego dokumentem potwierdzającym brak podstaw do wykluczenia w pozostałym zakresie określonym w SIWZ – Zamawiający wzywa do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w tym dokumencie.*

Izba zaznacza w tym miejscu, że nie było kwestionowane między stronami istnienie w Republice Czeskiej zarówno Rejestru Karnego Osób Fizycznych oraz Rejestru Karnego Osób Prawnych. Dowody załączone przez Odwołującego do odwołania w postaci wydruków formularzy wniosków z Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Fizycznych oraz z Rejestru Karnego Republiki Czeskiej Osób Fizycznych wraz z tłumaczeniami i oświadczeniem w formie aktu notarialnego sporządzonego w dniu 21 sierpnia 2017 roku są bezprzedmiotowe dla rozpoznania sprawy.

Izba wskazuje, że zarzut odwołania dotyczy braku możliwości złożenia dokumentu równoważnego albo, w braku i takiego dokumentu, oświadczenia wykonawcy złożonego przez notariuszem lub właściwym organem w przypadku istnienia Rejestru Karnego Osób Prawnych w Republice Czeskiej, zgodnie z punktem 7.4 i 7.5 Rozdziału I SIWZ.

Dla rozstrzygnięcia tego zarzutu niezbędna jest odpowiedź na pytanie: czy wykonawca może posłużyć się wypisem/odpisem z Listy kwalifikowanych dostawców w przypadku, gdy w Republice Czeskiej istnieje również Rejestr Karny Osób Prawnych.

Pełnomocnik Skody wyjaśniła w trakcie rozprawy, że na podstawie art. 233 i następnych ustawy nr 134/2016 o zlecaniu zamówień publicznych (czeski akt prawny), Ministerstwo Rozwoju Regionalnego tworzy Listę kwalifikowanych dostawców, którzy spełnili wymagania z art. 74 i 75 ww. ustawy, tj. między innymi czy nie podlegają wykluczeniu. Lista kwalifikowanych dostawców prowadzona jest zgodnie z art. 226 i następnymi ww. ustawy czeskiej. Zgodnie z art. 26 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający korzysta z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymaga przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dokumentów, które są objęte tym repozytorium. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz.U.2016.1, dalej: „Rozporządzenie”) § 7 (ust. 1 pkt 1) rozporządzenia wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 (informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) – składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy. Natomiast na podstawie § 12 - Wykonawca wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub wykonawca certyfikowany przez jednostki certyfikujące spełniające wymogi europejskich norm certyfikacji może złożyć zaświadczenie o wpisie do urzędowego wykazu wydane przez właściwy organ lub certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wskazujące na dokumenty stanowiące podstawę wpisu lub uzyskania certyfikacji, w miejsce odpowiednich dokumentów wymienionych w § 2 oraz § 5.

Izba wskazuje, że z przytoczonych przepisów nie wynika, że na podstawie § 12 ww. rozporządzenia nie można w miejsce odpowiednich dokumentów wymienionych w § 2 oraz § 5 rozporządzenia posłużyć się dokumentami wydanymi zgodnie z tym paragrafem. W trakcie rozprawy pełnomocnik Skody podniosła, że w Republice Czeskiej istnieją dwa różne, równoważne dokumenty, czyli wypis z Listy kwalifikowanych dostawców oraz Wypis z Rejestru Karnego Osób Prawnych. Zamawiający wskazał również, że w Jedz-u Skody, złożonym w ofercie, na pierwszej stronie, wskazano na możliwość pozyskania przez Zamawiającego informacji z wypisu z Listy kwalifikowanych dostawców. Zamawiający zaznaczył również wskazując na instrukcję wypełnienia oświadczenia Jedz str. 10 (zawartą na stronie UZP), że podano tam link do czeskiej strony, z którego to Zamawiający mógł samodzielnie pobrać wypis z Listy kwalifikowanych dostawców. Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że pobrał taki wypis. Zgodnie z § 10 ust. 1 rozporządzenia w przypadku wskazania przez wykonawcę dostępności oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, Zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazane przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty.

Zestawiając powyższe informacje, w szczególności te odnoszące się do prowadzenia Listy kwalifikowanych dostawców w Republice Czeskiej wskazane przez Skodę oraz mając na uwadze, że art. 26 ust. 7 ustawy zobowiązuje Zamawiających do korzystania z dokumentów, które są objęte repozytorium e-Certis w ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonego przez Skodę dokumentu. W ocenie Izby wypis z Listy kwalifikowanych dostawców był dokumentem złożonym zgodnie z obowiązującymi przepisami i może być złożony zamiast informacji z Rejestru Karnego Osób Prawnych, dokumenty te należy oceniać jako równorzędne, bowiem ustawodawca wprost wskazał na możliwość doboru przez wykonawcę posłużenia się jednym z nich. Należy tu wskazywać równorzędność tych dokumentów, a nie prymat któregoś z nich. Jeżeli przyjmować by założenia jakie starał się forsować Odwołujący, a mianowicie, że informacje zawarte w wypisie z Listy kwalifikowanych dostawców mogą być nieaktualne, to Izba zaznacza w tym miejscu, że taki argument może dotyczyć każdego wypisu, wydruku z danego rejestru, nie tylko wypisu z Listy kwalifikowanych dostawców. Jednocześnie Izba podkreśla, że sam Odwołujący wskazał, że jeżeli dany wykonawca nie przedstawiłby informacji wpływających na zmianę ujawnionych informacji w Liście kwalifikowanych dostawców, czyli np. nie poinformuje o wydanym wobec niego zakazie ubiegania się o udzielenie zamówienia, to podlegałby odpowiedzialności na podstawie przepisów obowiązujących w Republice Czeskiej. Podnoszenie przez Odwołującego, że informacje zawarte w Liście kwalifikowanych

dostawców potencjalnie mogą być niezaktualizowane nie znajduje również uzasadnienia w ocenie Izby. Po pierwsze przeczy temu wcześniej przywołane wyjaśnienie Odwołującego o odpowiedzialności podmiotu za zatajanie informacji, które uległy zmianie, oraz po drugie Odwołujący nie wykazał tego, że lista jest nieaktualizowana. Izba podkreśla, że Skoda wskazała, że Lista kwalifikowanych dostawców publikowana jest w biuletynie, zgodnie z art. 236 ustawy nr 134/2016 o zlecaniu zamówień publicznych, każdy w dowolnym czasie może pobrać wypis z tej listy. Aktualność danych sprawdzana jest przez Ministerstwo, w momencie kwalifikacji do tej listy jednocześnie podejmowane są działania, aby lista kwalifikowanych dostawców była cały czas aktualna. Izba wskazuje, że z opinii (dowód nr 13) jaka została przedstawiona przez Odwołującego, którą Izba ujmuje jako stanowisko własne Odwołującego, wynika, że Lista kwalifikowanych dostawców *potwierdza ona jedynie, że taka osoba fizyczna/spółka nie dopuściła się określonych przestępstw wymienionych w załączniku do ACLLE* (ustawa nr 418/2011 o odpowiedzialności karnej osób prawnych oraz postępowaniu prawnym przeciwko takim osobom). Co więcej z opinii tej wynika również, że *jeżeli osoba fizyczna/spółka objęta jest zakazem ubiegania się o zamówienia publiczne, nie może ona brać udziału w przetargach publicznych przez okres obowiązywania zakazu, nawet jeżeli nie figuruje w rejestrze karnym w zakresie przestępstw wymienionych w załączniku do ACLLE*. Uwzględniając tak zaprezentowane stanowisko Odwołującego Izba wskazuje, że nie jest ono kategorię i co więcej również potwierdza, że nawet w przypadku rejestru karnego nie ma pewności, co do aktualności danych w nim zawartych. Podnoszone argumenty dotyczące nowości tej normy, tych uregulowań prawnych w prawie czeskim nie stanowi uzasadnienia dla nieuznania aktualności informacji zawartych w wypisie z Listy kwalifikowanych dostawców.

W tym miejscu Izba wskazuje, że w związku z uznaniem za niezasadny ww. zarzut odwołania, Izba uznała za bezprzedmiotowy kolejny zarzut odwołania, który Odwołujący skonstruował jako zarzut ewentualny.

Izba uznała za bezprzedmiotowy zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie czynności wykluczenia Skoda z postępowania, pomimo niezłożenia wspomnianych dokumentów wymaganych przez SIWZ w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, na kolejne wezwania Zamawiającego.

Zarzut 7 z petitum odwołania

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy - przez zaniechanie czynności wykluczenia Skoda z postępowania, pomimo niepotwierdzenia

aktualności informacji zawartych w dokumentach „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku wraz z tłumaczeniem, przedłożonych przez Skoda na okoliczność braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie wskazanym w SIWZ – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut ten powiązany jest z zarzutem 6 z petitum odwołania, dlatego też Izba przyjmuje za aktualne dla rozpoznania tego zarzutu uzasadnienie wskazane powyżej, w rozpoznaniu zarzutu 6 z petitum odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, że wypis z Listy kwalifikowanych dostawców nie był wymagany przez Zamawiającego do złożenia wraz z ofertą. Skoda złożyła ten dokument wraz z ofertą. Zamawiający, jak wyjaśnił, wezwał do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w dokumencie, co istotne w ocenie Izby, nie tylko w Liście kwalifikowanych dostawców, ale jeszcze w dwóch innych przypadkach wskazanych w piśmie z dnia 27 lipca 2017 roku.

Wypis z Listy kwalifikowanych dostawców złożony w ofercie był aktualny na dzień składania ofert, jednakże z uwagi na brzmienie art. 26 ust. 1 ustawy, Zamawiający, z uwagi na to jak zostałyby ocenione działania Zamawiającego w czasie kontroli, wezwał do aktualizacji, bo chciał uniknąć problemów związanych z interpretacją „aktualności dokumentów”.

Izba podkreśla w tym miejscu, że dokument wypis z Listy kwalifikowanych dostawców wraz z tłumaczeniem złożony wraz z ofertą aktualny był na dzień składania ofert, jak również aktualny był na dzień wezwania Zamawiającego do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w dokumencie. Termin składania ofert to 19 maja 2017 roku, natomiast dokument „Odpis pełny z listy kwalifikowanych dostawców” załączony do oferty aktualny był na dzień 1 marca 2017 roku, co wynika z dokumentu. Ten sam dokument w języku czeskim został złożony na wezwanie Zamawiającego do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w tym dokumencie tj. na dzień 8 sierpnia 2017 roku, jak wskazał Zamawiający, różnice są w złożonym tłumaczeniu tego dokumentu.

Izba wskazuje, że nie ma żadnych regulacji prawnych w ustawie, które nakładałyby na wykonawcę składającego dokumenty podejmowanie jakiegoś szczególnego działania i czynności mających potwierdzać aktualność informacji zawartych w złożonym wraz z ofertą dokumencie. Wypis z Listy kwalifikowanych dostawców został złożony wraz z ofertą, co nie było obowiązkiem wykonawcy. Niemniej obowiązkiem wykonawcy było przedstawienie dokumentu aktualnego na dzień jego złożenia na wezwanie z art. 26 ust.1 ustawy. Na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz.U.2016.1, dalej: „Rozporządzenie”) (§ 7 ust. 2) w tym wypadku

prawodawca wymaga dokumentu wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Tym samym dokument składany Zamawiającemu nie może być wystawiony wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert i ma być aktualny na dzień jego złożenia, co potwierdza sam wykonawca składając taki dokument. Ponieważ nie ma żadnych przepisów odnoszących się do aktualizowania dokumentów, w ocenie Izby działanie wykonawcy Skoda było prawidłowe – złożył on ponownie dokument „Odpis pełny z listy kwalifikowanych dostawców” wraz z tłumaczeniem, czym na dzień złożenia tego dokumentu potwierdził jego aktualność. Zamawiający nie może żądać od wykonawców więcej czy inaczej niż stanowią przepisy ustawy, tym samym argumentacja Odwołującego, że *nie może to być dorozumiane potwierdzenie aktualności dokumentu, tylko wyraźne oświadczenie* nie znajduje żadnego uzasadnienia. Z przepisu art. 26 ust. 1 ustawy wynika, że wykonawca składa aktualny na dzień złożenia dokument i nie ma mowy w tych przepisach o składaniu jakichkolwiek oświadczeń na dokumentach. Sama czynność wykonawcy polegająca na złożeniu dokumentu stanowi faktyczne potwierdzenie, oświadczenie aktualności tego dokumentu na moment jego złożenia, i za aktualność tego dokumentu ten wykonawca odpowiada.

W tym miejscu Izba wskazuje, że w związku z uznaniem za niezasadny ww. zarzut odwołania, Izba uznała za bezprzedmiotowy kolejny zarzut odwołania, który Odwołujący skonstruował jako zarzut ewentualny.

Izba uznała za bezprzedmiotowy zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie ponownego (drugiego) wezwania Skoda do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w dokumentach „Wypis z listy kwalifikowanych dostawców” z dnia 4 kwietnia 2017 roku wraz z tłumaczeniem, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie dokonał potwierdzenia ich aktualności na pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 roku,

Zarzut 8 z petitum odwołania

W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust 1 i 3 ustawy, stanowiących konsekwencje uchybień wskazanych w zarzutach 5 - 7 petitum odwołania – Izba uznała za niezasadne.

Izba wskazuje, że podobnie jak w rozpoznanym zarzucie 3 z petitum odwołania Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych

kryteriów oceny ofert. Odniesienie się do podnoszonych przez Odwołującego uchybień wskazanych w zarzutach 5 - 7 petitum odwołania oraz powiązanie tych zarzutów z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym to przepisem Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ jest niezasadne, stanowi pomieszczenie różnych instytucji opisanych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zarzut 9 z petitum odwołania

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez bezzasadne unieważnienie postępowania, pomimo że Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - Izba uznała za zasadny.

Izba, mając na uwadze uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Skoda, która dokonała obliczenia parametru zużycia energii w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy tj. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych dokonanej przez Zamawiającego właśnie na tej podstawie prawnej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i § 6 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 ze zmianami).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....