

WYROK

z dnia 27 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**
Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: **Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2019 r., 13 marca 2019 r. i 22 marca 2019 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółkę Akcyjną z siedzibą w Bydgoszczy**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tramwaje Warszawskie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **Hyundai Rotem Company 488, Changwondaero, Uichang-gu, Changwon-si, Gyeongsangnam-do, Republika Korei** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo faktu, że względem Przystępującego spełniły się przesłanki wykluczenia opisane we wskazanych przepisach, tj. Przystępujący jest winien poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, polegającego na nienależytym wykonaniu zamówienia na dostawę 10 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla Kolei Ukraińskich w postaci dostarczenia pojazdów zawierających błędy konstrukcyjne, które skutkowały wyłączeniem pojazdów z eksploatacji i powstania znacznych szkód z tego tytułu oraz naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo iż Przystępujący w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, ewentualnie zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, przez zatajenie przez Przystępującego informacji w przedmiocie zawnionego poważnego naruszenia przez Przystępującego obowiązków zawodowych i nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Przystępującego, która skutkowałą zasądzeniem odszkodowania, przy realizacji kontraktu ukraińskiego, wobec wycofania odwołania w tym zakresie;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia wątpliwości związanych z treścią „zaświadczenia płacenia podatków” z dnia 8 stycznia 2019 r. i nakazuje Zamawiającemu wezwanie Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia, czy w kraju, w którym Przystępujący ma siedzibę wydaje się dokument potwierdzający brak odroczeń lub zaległości podatkowych w zakresie należności wobec powierników w myśl art. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT.
3. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. Zasądza od Zamawiającego, na rzecz Odwołującego kwotę **21.608 zł 04 gr** (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset osiem złotych, cztery grosze) tytułem zwrotu wpisu od odwołania, kosztów pełnomocnika oraz kosztów przejazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, 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:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa

tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonych, całkowicie niskopodłogowych”, nr referencyjny DWZ/95/2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 września 2018 r., pod numerem 2018/S 177-402123.

W dniu 18 lutego 2019 r. wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych poniżej oraz zarzucając Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów ustawy Pzp:

1.art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Hyundai w zakresie dotyczącym sposobu wykonania przedmiotu zamówienia przez Hyundai, w sytuacji w której:

- a)Hyundai oświadczył w ofercie o samodzielnym wykonaniu całego zakresu zamówienia, w terminach określonych przez Zamawiającego w SIWZ;
- b)wedle istniejących w branży modeli produkcji pojazdów szynowych (tramwajów), wykonanie zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ jest możliwe wyłącznie w przypadku posiadania przez wykonawcę gotowej bazy technicznej (zaplecza) zorganizowanego i czynnego na potrzeby realizacji zamówienia natychmiast po podpisaniu umowy z Zamawiającym;
- c)Hyundai wedle ogólnie dostępnej wiedzy, potwierdzanej w środkach masowego przekazu, nie posiada zorganizowanego zaplecza umożliwiającego zrealizowanie zamówienia objętego przetargiem, tak w Polsce jak i w innych lokalizacjach i nie będzie posiadać go w chwili podpisania umowy z Zamawiającym;
- d)Hyundai nie opracował na dzień składania ofert (oraz do chwili wyboru oferty najkorzystniejszej) jednoznacznej koncepcji co do sposobu realizacji zamówienia, zaś elementy istotne dla przedmiotu zamówienia (w szczególności w zakresie miejsca - kraju - produkcji pojazdów) w dalszym ciągu stanowią przedmiot uzgodnień i negocjacji po stronie Hyundai; co winno było wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do zgodności oferty złożonej przez Hyundai z treścią SIWZ (w szczególności w zakresie terminów dostaw i wielkości zamówienia), a także prawdziwości oświadczeń Hyundai złożonych w ofercie odnośnie zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego i w terminach określonych w SIWZ, za cenę zaoferowaną przez Hyundai w ofercie;

2.art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez Hyundai ceny za dostawę tramwajów typu 1, 2 i 3 (dostosowanych do nauki jazdy oraz bez dostosowania do nauki jazdy), a w konsekwencji również ceny łącznej zaoferowanej przez Hyundai za wykonanie przedmiotu zamówienia, podczas gdy biorąc pod uwagę treść oferty Hyundai w zakresie, w jakim:

- a)Hyundai oświadczył w ofercie o samodzielnym wykonaniu całego zakresu zamówienia, w terminach określonych przez Zamawiającego w SIWZ;
- b)wedle istniejących w branży modeli produkcji pojazdów szynowych (tramwajów), wykonanie zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ jest możliwe wyłącznie w przypadku posiadania przez wykonawcę gotowej bazy technicznej (zaplecza) zorganizowanego i czynnego na potrzeby realizacji zamówienia natychmiast po podpisaniu umowy z Zamawiającym;
- c)Hyundai wedle ogólnie dostępnej wiedzy, potwierdzanej w środkach masowego przekazu, nie posiada zorganizowanego zaplecza umożliwiającego zrealizowanie zamówienia objętego przetargiem, tak w Polsce jak i w innych lokalizacjach i nie będzie posiadać go w chwili podpisania umowy z Zamawiającym;
- d)Hyundai nie opracował na dzień składania ofert (oraz do chwili wyboru oferty najkorzystniejszej) jednoznacznej koncepcji co do sposobu realizacji zamówienia, zaś elementy istotne dla przedmiotu zamówienia (w szczególności w zakresie miejsca - kraju - produkcji pojazdów) w dalszym ciągu stanowią przedmiot uzgodnień i negocjacji po stronie Hyundai;

e)zaproponowana przez Hyundai cena w Postępowaniu uległa jedynie niewielkiej modyfikacji w stosunku do ceny zaoferowanej w poprzednim (unieważnionym) postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia i:

- i.nie pokrywa ona kosztów wynikających z wymagań dodatkowo wprowadzonych przez Zamawiającego względem poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia,
- ii.nie pokrywa kosztów wynikających z krótszego terminu realizacji zamówienia przez wykonawcę w stosunku do poprzednio przeprowadzonego postępowania oraz funkcjonujących modeli produkcji pojazdów szynowych i kosztów powiązanych z każdym z tych modeli; Zamawiający winien był powziąć wątpliwości co do sposobu skalkulowania przez Hyundai ceny oferty i jej istotnych części składowych oraz uwzględnienia przez Hyundai wszystkich elementów cenotwórczych oferty, założeń przyjętych przez Hyundai na potrzeby wyceny oferty w Postępowaniu (oraz wiarygodności takich ewentualnych założeń), a w konsekwencji winien zobowiązać Hyundai do złożenia wyjaśnień i dowodów w przedmiotowym zakresie;

3.art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty Hyundai, podczas gdy cena złożonej oferty Hyundai jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4.art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Hyundai z Postępowania, pomimo faktu, iż względem Hyundai spełniły się przesłanki wykluczenia opisane we wskazanych przepisach, tj. Hyundai winien jest poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważającego jego uczciwość, polegającego na nienależytym wykonaniu zamówienia na dostawę 10 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla Kolei Ukraińskich w postaci dostarczenia pojazdów zawierających błędy konstrukcyjne, które skutkowały wyłączeniem pojazdów z eksploatacji i powstania znacznych szkód z tego tytułu;

5.art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Hyundai z Postępowania, pomimo faktu, iż Hyundai - w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, ewentualnie zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa - wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, poprzez zatajenie przez Hyundai informacji w przedmiocie zawinonego poważnego naruszenia przez Hyundai obowiązków zawodowych i nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Hyundai, która skutkowałą zasądzeniem odszkodowania, przy realizacji kontraktu ukraińskiego;

6.art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów złożonych przez Hyundai na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w postaci braku zaległości Hyundai z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, tj. dokumentów opisanych przez Hyundai jako:

a)„zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków”;

b)„zaświadczenie o zapłacie w całości (w części) składek ubezpieczenia (społecznego i zdrowotnego)”;

c)„zaświadczenie o zapłacie w całości składek ubezpieczenia pracowniczego i ubezpieczenia wypadków przemysłowych”;

mimo iż treść wskazanych zaświadczeń zawiera informacje wzbudzające uzasadnione istotne wątpliwości co do okoliczności stanu faktycznego, który miał zostać potwierdzony tymi dokumentami, a w konsekwencji budzi uzasadnione wątpliwości co do braku wystąpienia wobec Hyundai podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp bądź art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp; a w związku z powyższymi zarzutami,

7.art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie oferty Hyundai za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu;

8.art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp. Odwołujący podnosi jednocześnie, że na podstawie podniesionych niżej zarzutów składają się wszystkie okoliczności opisane w ich treści, jak również opisane w uzasadnieniu odwołania, a także wskazane w załącznikach do odwołania, które stanowią jego integralną część.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty Hyundai jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2.dokonanie ponownego badania i oceny ofert w przedmiotowym Postępowaniu;

3.wezwanie Hyundai do złożenia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty w zakresie zakładanego przez Hyundai sposobu realizacji zamówienia;

4.wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny zaoferowanej w Postępowaniu na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp;

5.odrzucenie oferty Hyundai na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;

6.wykluczenie Hyundai z Postępowania;

7.wezwanie Hyundai do złożenia wyjaśnień odnośnie treści dokumentów:

a)„zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków”;

b)„zaświadczenie o zapłacie w całości (w części) składek ubezpieczenia (społecznego i zdrowotnego)”;

c)„zaświadczenie o zapłacie w całości składek ubezpieczenia pracowniczego i ubezpieczenia wypadków przemysłowych”; w zakresie w jakim dokumenty te nie potwierdzają jednoznacznie braku zaległości Hyundai z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

8.dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;

Ponadto Odwołujący wniósł o:

9.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

10.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w

roku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;

11. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych”, znak ref.: DNZ/58/2016 oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych akt na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;

12. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu produkcji maszyn na okoliczność:

- i. istniejących modeli produkcji pojazdów szynowych,
- ii. czynności składających się na wyprodukowanie pojazdu szynowego (tramwaju) w ramach poszczególnych modeli produkcji,
- iii. minimalnego czasu niezbędnego na wykonanie tych czynności i elementów mogących ulec przyspieszeniu bądź równoległego wykonania, wraz z
- iv. wpływem powyższego na koszty produkcji pojazdów;

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia. Jego oferta została sklasyfikowana przez Zamawiającego jako druga w rankingu złożonych w toku postępowania ofert. Gdyby Zamawiający nie dokonał wskazanych w odwołaniu naruszeń, szczegółowo opisanych w odwołaniu, oferta Odwołującego winna zostać sklasyfikowana na pierwszej pozycji i zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Na posiadanie przez Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania nie wpływa fakt, że cena oferty Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający oświadczył, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący podniósł, że Zamawiający dysponuje możliwością zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego, a zatem Zamawiający w dalszym ciągu może udzielić niniejszego zamówienia Odwołującemu. Natomiast nawet w przypadku braku możliwości zwiększenia finansowania zamówienia po stronie Zamawiającego, w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania Odwołujący posiadać będzie możliwość ponownego ubiegania się o udzielenie zamówienia w powtórzonym postępowaniu przetargowym, a zatem również posiada on interes we wniesieniu niniejszego odwołania i uzyskaniu korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Odwołujący powołał się na tzw. szeroki interes potwierdzony w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE - tak wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r. C-689/13 oraz z dnia 4 lipca 2013 r. C100/12. Wskutek niezgodnych z przepisami prawa czynności Zamawiającego, Odwołujący utracił natomiast możliwość uzyskania zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych niżej przez Odwołującego przepisów Pzp, Odwołujący ponosi szkodę w postaci m.in. kosztów przygotowania ważnej oferty i utraty możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym uzyskania należnego wynagrodzenia.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający w dniu 14 września 2018 r. wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, iż przedmiotowe postępowanie stanowi drugie już z kolei postępowanie o udzielenie opisanego zamówienia. Pierwsze postępowanie pn. „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych”, znak ref.: DNZ/58/2016, wszczęte w lutym 2017 r., zakończyło się jego unieważnieniem w sierpniu 2018 r.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty:

- 1) wykonawców występujących wspólnie: Stadler Polska sp. z o.o. i Solaris Tram sp. z o.o. (dalej jako „Stadler”) - który zaoferował za wykonanie całego przedmiotu zamówienia kwotę 2.473.524.228,23 zł brutto;
- 2) Odwołującego - który zaoferował za wykonanie całego przedmiotu zamówienia kwotę 2.836.791.041,40 zł brutto;
- 3) Hyundai - który zaoferował za wykonania całego przedmiotu zamówienia kwotę 1.825.982.893,00 zł (kwota netto równa kwocie brutto).

Oprócz ww. ofert, do Zamawiającego wpłynęły również pisma wykonawców Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S. A. (CAF) i Siemens Mobility sp. z o.o., niestanowiące jednak ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający oświadczył jednocześnie, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2.323.057.581 zł brutto, w tym na zakres podstawowy zamówienia - kwotę 1.356.013.500 zł brutto i na zakres objęty prawem opcji - kwotę 967.044.081 zł brutto.

W dniu 8 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Hyundai, której Zamawiający przyznał łącznie 96,1766 pkt. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Odwołującego, któremu przyznano łącznie 75,1049 pkt. Oferta Stadler została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie czynności Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2018 r.

W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty jako najkorzystniejszej oferty Hyundai jest niezgodna z przepisami Pzp, powołanymi w odwołaniu.

Uzasadnienie zarzutów dot. zaniechania zażądania wyjaśnień treści oferty Hyundai oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Hyundai i odrzucenia oferty Hyundai.

Odwołujący wskazał, że w złożonej ofercie Hyundai oświadczył, iż:

- a) zapoznał się z SIWZ i uznaje się za związanego określonymi w niej zasadami postępowania;
- b) uzyskał wszelkie niezbędne informacje do przygotowania oferty i wykonania zamówienia;
- c) zrealizuje zamówienie w terminach określonych w SIWZ.

Ponadto, Hyundai oświadczył w ofercie, iż dla realizacji zamówienia nie będzie korzystał z usług podwykonawców, tj. wykona przedmiotowe zamówienie samodzielnie, we własnym zakładzie produkcyjnym, innymi słowy, że wyprodukuje i dostarczy Zamawiającemu zaoferowane pojazdy, bez udziału podmiotów trzecich, w tym zwłaszcza np. podmiotów dysponujących w Polsce (czy innym kraju Unii Europejskiej) własnymi zakładami istotnymi z punktu widzenia realizacji zamówienia, Hyundai nie powołał się również w niniejszym postępowaniu (w przeciwieństwie do poprzedniego postępowania w sprawie przedmiotowego zamówienia) na zasoby podmiotów trzecich. Odwołujący wskazał, że zgodnie z §2 ust. 2 Rozdziału III SIWZ - „Istotne postanowienia Umowy”, Zamawiający przewidział, że dostawa tramwajów objętych zamówieniem zrealizowana ma zostać we wskazanych tam terminach. Odwołujący wyjaśnił, że terminy te, jakkolwiek nie w pełni identyczne z terminami wskazanymi przez Zamawiającego w pierwszym ogłoszonym w tej sprawie postępowaniu o udzielenie zamówienia, pozostają jednakowoż znacznie krótsze, jeśli chodzi o terminy końcowe, do których muszą zostać dostarczone pojazdy. O bardzo krótkim terminie realizacji przedmiotowego zamówienia świadczy chociażby fakt, że spośród pięciu wykonawców, którzy złożyli oferty w pierwszym przeprowadzonym postępowaniu w tej sprawie (Stadler, Hyundai, PESA, Alstom i Skoda), oferty w obecnym postępowaniu złożyli tylko trzech wykonawcy (Stadler, Hyundai i PESA), przy czym tylko oferty Hyundai i PESA stanowiły oferty ważne. Z kolei Stadler, będący co do zasady wykonawcą o bardzo dobrym/wysokim poziomie zorganizowania i dysponujący znacznym zapleczem technicznym w Polsce oraz doświadczeniem w zakresie produkcji tramwajów, złożył ofertę podlegającą odrzuceniu z uwagi na zakwestionowanie określonych przez Zamawiającego terminów realizacji zamówienia jako zbyt krótkich dla dochowania przez wykonawcę. Okoliczność ta była podnoszona przez Stadler w oświadczeniach publikowanych w mediach w związku z niniejszym postępowaniem.

Konsekwencją tak określonych przez Zamawiającego terminów realizacji zamówienia jest w ocenie Odwołującego to, że wedle wszelkich istniejących i stosowanych w praktyce modeli produkcji pojazdów szynowych (tramwajów) wykonanie zamówienia w tych terminach możliwe jest tylko i wyłącznie w przypadku, jeśli wykonawca posiadać będzie gotową bazę (zaplecza) techniczną dla niezwłocznego rozpoczęcia realizacji zamówienia po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Odwołujący podniósł, że producent pojazdów, aby dochować wskazanych przez Zamawiającego terminów realizacji, niezwłocznie po zakończeniu etapu projektowania i uzgodnień z Zamawiającym odnośnie zamówionych pojazdów, będzie musiał rozpocząć produkcję pojazdów i utrzymać jej tempo w postaci produkcji średnio 8 pojazdów w skali miesiąca. Utrzymanie takiego tempa produkcji wymaga natomiast, w przypadku np. produkcji liniowej (stanowiącej najbardziej typowy i efektywny przy tego rodzaju zamówieniach sposób produkcji; alternatywny model tzw. produkcji gniazdowej pozostaje natomiast mniej efektywny biorąc pod uwagę zamawianą liczbę tramwajów i czas operacyjny niezbędny dla ich wybudowania):

- a) odpowiedniego zaplecza w postaci hali montażowej, dostosowanej do produkcji liniowej (podział na stanowiska montażowe z przepływem liniowym);
- b) odpowiedniego zaplecza w postaci pracowników przygotowania i realizacji produkcji (specjalistów odpowiedzialnych za organizację i realizację procesów produkcyjnych, doświadczonego nadzoru produkcyjnego, z wiedzą na temat produkcji liniowej);
- c) właściwie zorganizowanego i ustandaryzowanego procesu produkcyjnego (linii produkcyjnej), gwarantującego jakość i powtarzalność produktu końcowego (zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi m.in. w Części I, pkt. 33 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia);
- d) ściśle zorganizowanych dostaw komponentów.

Zdaniem Odwołującego, Hyundai nie posiada na chwilę obecną zaplecza umożliwiającego zrealizowanie zamówienia w Polsce i nie będzie posiadać go w chwili podpisania z Zamawiającym umowy w sprawie realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 2 części XIII Rozdziału II SIWZ - „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, dla wykonania zamówienia „wymagane jest posiadanie i stosowanie przez producenta tramwajów systemu jakości ISO/TS 22163:2017 lub co najmniej IRIS rev. 02 lub innego równoważnego systemu w zakresie zapewnienia właściwej jakości, potwierdzone zaświadczeniem niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania norm zapewnienia jakości”. Na potwierdzenie przedmiotowej okoliczności, Zamawiający zgodnie z pkt. 18.2.2 Rozdziału I SIWZ - „Instrukcja dla Wykonawców” wymagał od wykonawcy, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, przedłożenia: 18.2.2. zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez Wykonawcę norm zapewnienia jakości, do których Zamawiający odwołał się w SIWZ, z tym że Wykonawca może zamiast ww. zaświadczenia złożyć równoważne dokumenty wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a Wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego, nie ma możliwości uzyskania ww. zaświadczenia, może złożyć inne dokumenty dotyczące zapewnienia jakości, potwierdzające stosowanie przez Wykonawcę środków zapewnienia jakości zgodnych z wymaganymi normami zapewniania jakości równoważnych środkom wymaganym na mocy mającego zastosowanie systemu. Odwołujący wyjaśnił, że taki dokument

- certyfikat IRIS z dnia 22 lutego 2018 r. - przedłożył również Hyundai. Z dokumentu tego wynika jednakże, że odnosi się wyłącznie zakładu produkcyjnego Hyundai zlokalizowanego w Korei Płd., wskazanego w treści certyfikatu. Ewentualne natomiast pozyskanie tożsamego certyfikatu dla innego zakładu Hyundai wymaga - jak wynika z zasad certyfikacji IRIS - funkcjonowania zakładu przez co najmniej 6 miesięcy. Oznacza to, że gdyby Hyundai zakładał wyprodukowanie pojazdów w zakładzie produkcyjnym zlokalizowanym w Polsce wpierw zakład ten musiałby zostać przez Hyundai wniesiony, następnie musiałby funkcjonować przez 6 miesięcy celem uzyskania wymaganego certyfikatu (którego procedura pozyskania zajmuje, wedle posiadanych przez Odwołującego informacji, ok. kolejne 3 miesiące), i dopiero po uzyskaniu takiego certyfikatu możliwe byłoby rozpoczęcie produkcji pojazdów zamówionych w niniejszym postępowaniu. Biorąc natomiast pod uwagę ww. okoliczności związane z terminami realizacji zamówienia, przyjęcie takiej koncepcji realizacji zamówienia oznaczałoby niezgodność oferty wykonawcy z SIWZ z uwagi na brak możliwości dochowania terminów realizacji określonych przez Zamawiającego. W powyższym zakresie, w świetle informacji prasowych pochodzących od osób reprezentujących Hyundai w Polsce i w postępowaniu, Zamawiający winien był powziąć wątpliwości co do tego, jak Hyundai zamierza pogodzić wymagania SIWZ (certyfikacja zakładu, terminy dostaw, zaoferowaną cenę) z faktem, że ów wykonawca nie wie jak, nie wie gdzie i jakimi zasobami zrealizuje zamówienie. Przy tak znaczącym wolumenie zamówienia rolą Zamawiającego było nie tylko opierać się na „pustych” oświadczeniach wykonawcy, ale poddać je ocenie wedle całokształtu zdarzeń, tj. przywoływanych informacji ogólnie dostępnych, oświadczeń pozostałych uczestników branży albo o niemożności dochowania terminu (np. Stadler) albo o konieczności zwiększenia ceny w związku z wyższymi kosztami powiązanymi z ograniczonym czasem produkcji (np. PESA). Stosowne działania, wezwania do wyjaśnień w zakresie oświadczeń poczynionych przez Hyundai, nie zostały natomiast przez Zamawiającego wystosowane.

Z powyższych okoliczności wynika, że decydujące znaczenie z punktu widzenia zapewnienia zgodności oferty wykonawcy z SIWZ, prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia, a także prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej (biorąc pod uwagę, że każdy możliwy model produkcji wiąże się z odmiennymi uwarunkowaniami i kosztami) ma poczynienie przez wykonawcę na etapie sporządzenia oferty:

a) konkretnych założeń odnośnie koncepcji realizacji zamówienia i modelu produkcji pojazdów (w tym lokalizacji produkcji) oraz

b) niezbędnych przygotowań na potrzeby realizacji zamówienia, umożliwiających wykonawcy rozpoczęcie produkcji pojazdów niezwłocznie po podpisaniu umowy z Zamawiającym i dotrzymanie wskazanych terminów, przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych wymogów SIWZ i w ramach zaoferowanej ceny ofertowej.

Poczynienie takich założeń ma istotne znaczenie choćby z punktu widzenia:

a) zaplanowania procesu budowy konstrukcji pojazdów, stanowiącej jeden z najistotniejszych elementów w procesie produkcji dla przeprowadzenia tego procesu, konieczne jest dysponowanie przez producenta m.in.: odpowiednimi halami produkcyjnymi i stanowiskami budowy konstrukcji; specjalistami-spawalnikami o wysokich kompetencjach, w związku z wysokimi wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi jakości połączeń spawanych i konstrukcji pojazdów.

Odwołujący wskazał, że aktualnie na rynku pracy zasoby specjalistów tej branży są znacznie ograniczone, zaś producenci jeśli nie posiadają kadry własnej na miejscu, niejednokrotnie muszą poszukiwać takich specjalistów w krajach trzecich. Wiąże się to jednak wówczas z koniecznością założenia dodatkowego czasu w procesie realizacji zamówienia na potrzeby znalezienia potrzebnej siły roboczej oraz przekłada się na dodatkowe koszty z tego tytułu, jakie musi uwzględnić wykonawca. Wymagane jest przy tym zapewnienie przez producenta gwarancji powtarzalności wymiaru, ze względu na stosowaną technologię i tzw. skurcz spawalniczy, związany ze zmianami długości i szerokości konstrukcji, dla którego środkiem zapobiegawczym są tzw. katedry spawalnicze i przyrządy, które mają zapewnić zachowanie wymaganego wymiaru konstrukcji,

b) zaplanowania procesu zabezpieczenia antykorozyjnego pojazdów (kataforeza) - który to proces, niezbędny do uwzględnienia w procesie produkcyjnym, wymaga np. w przypadku korzystania z usług podwykonawcy, uprzedniego ustalenia terminów dostępności wanień kataforetycznych (co wpływa na przyjęty przez wykonawcę plan produkcyjny); należy przy tym nadmienić, że w Europie i Turcji istnieją łącznie jedynie 3 lokalizacje, w których przeprowadzany jest proces kataforezy;

c) zaplanowania procesu lakierowania pojazdów, który jest procesem specjalnym i wymaga: (i) odpowiedniej technologii, (ii) dedykowanego miejsca (komór lakierniczych) oraz (iii) określonego reżimu technologicznego i specjalistów lakierników, aby zachować odpowiednią jakość powłok lakierniczych. Odwołujący podkreślił, że z uwagi na specyfikę rynku kolejowego oraz gabaryty pojazdów, liczba miejsc, w których można wykonać taką usługę jest ograniczona. W przypadku, jeśli aspekty te stanowią dopiero przedmiot negocjacji i ustaleń, mają one istotny wpływ na możliwość dotrzymania terminowej realizacji produkcji;

d) zaplanowania procesu montażu pojazdów, dla którego niezbędne jest zapewnienie: wykorzystania dedykowanych hal montażowych, ustandaryzowanego procesu produkcyjnego, zaangażowania specjalistów ds. montażu i przygotowania produkcji, właściwego zorganizowania logistyki dostaw komponentów, managementu produkcji; niezbędnych szkoleń dla pracowników; zaangażowania specjalistów kontroli jakości;

e) zaplanowanie procesu uruchomienia i diagnostyki pojazdów do czego niezbędne jest posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego zaplecza, w postaci sprzętu diagnostycznego i kontroli międzyoperacyjnych, oraz właściwych specjalistów.

Powyższe jest w ocenie Odwołującego szczególnie istotne biorąc pod uwagę przewidziany przez Zamawiającego w Części 1, pkt. 33 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia wymóg, by: 33. Proces produkcyjny każdego typu tramwaju musi być realizowany metodami o dużym zaawansowaniu technicznym, zapewniającymi wysoką dokładność wykonania i montażu elementów tramwajów, a tym samym pełną powtarzalność (zamiennność) wykonywanych elementów dla całej dostawy. Wymagane jest, aby Wykonawca posiadał: oprzyrządowanie wykonawcze i pomiarowe do produkcji elementów strukturalnych, oprzyrządowanie wykonawcze i pomiarowe do montażu wielkogabarytowych konstrukcji z wykonanych elementów strukturalnych, stanowisko pomiarowo-testowe do kontroli instalacji elektrycznej oraz funkcjonalności podzespołów i zespołów tramwaju przygotowanego wykonawczo i programowo do tego rodzaju kontroli, zgodnie z opisem zawartym w części IV pkt 5. Proces produkcyjny musi być objęty systemem kontroli wewnętrznej Wykonawcy.

Tymczasem, jak wynika chociażby z wypowiedzi przedstawicieli Hyundai, udzielonych już po wyborze oferty Hyundai jako najkorzystniejszej, Hyundai nie posiadał na dzień składania ofert (oraz nie posiadał do chwili wyboru oferty najkorzystniejszej i chwili obecnej) koncepcji co do sposobu realizacji zamówienia, zaś elementy istotne dla przedmiotu zamówienia (w szczególności w zakresie miejsca - kraju - produkcji pojazdów) w dalszym ciągu stanowią przedmiot uzgodnień i negocjacji po stronie Hyundai i w dalszym ciągu po stronie Hyundai nie jest wiadome, jak konkretnie realizować on będzie zamówienie (w tym np. czy będzie realizował zamówienie w Polsce, w jakim zakresie etc.): „Docelowo zamierzamy w Polsce zbudować montownię tramwajów. (...) Zależy nam na pozyskaniu dużego terenu z dostępem do infrastruktury kolejowej. Docelowo chcemy tam ulokować nie tylko montownię tramwajów, ale też zakład, w którym produkowane będą pociągi obsługujące Koleje Dużych Prędkości (KDP), np. dojeżdżające do Centralnego Portu Komunikacyjnego (CKP) - mówi M. J., [reprezentujący w Polsce spółkę Hyundai Rotem]”. „Dzisiaj jesteśmy dopiero w trakcie realizacji kontraktu. Jeżeli chodzi o fabrykę i montownię, to interesuje mnie tylko i wyłącznie takie z prawdziwego zdarzenia. To znaczy, żeby pojazdy mogły być montowane kompletnie z konstrukcją stalową, czy to pudła, czy wózka. Myślę tylko i wyłącznie o takim rozwiązaniu. W tej chwili mamy już zaplanowanych co najmniej kilka miejsc. Zdajemy sobie sprawę, że w ciągu 22 miesięcy nie zdążymy wybudować pełnej montowni (...) Dlatego fabryki powstaną po przeanalizowaniu rynku. Jak będą wielkie, tego nie wiem. Wiem natomiast jedno, że w pierwszym kroku na pewno powstanie duży oddział, który będzie dawał możliwość utrzymania tych pojazdów w czasie eksploatacji. Wszyscy się ekscytujemy, że to koszt 1,8 mld zł, a tak naprawdę w rzeczywistości cały koszt utrzymania jest wielokrotnie droższy. (...) [Pyt.:] Powiedział Pan, że pierwsze tramwaje zostaną w całości wyprodukowane w Korei, dobrze Pan zrozumiałem? [Odp.:] Nie potrafię jeszcze w stu procentach odpowiedzieć na to pytania ze względu na fakt, że dążę do tego, by one były odpowiednio zaprojektowane i przygotowane do produkcji seryjnej. Patrząc na ryzyka i harmonogram nie wydaje mi się, że zdążymy postawić montownię w momencie, kiedy dostarczymy pierwszy pojazd. Mówimy o 213 pojazdach. Mamy swoje wewnętrzne cele, które muszę omówić z klientem po podpisaniu umowy. Po to, by większość tych tramwajów było produkowanych docelowo w Polsce. Czy mi się uda to zrobić dla tego kontraktu nie wiem, ale będę na pewno nad tym pracować. Taka jest moja idea.”

Powyższe oznacza, w ocenie Odwołującego, że przygotowując ofertę w Postępowaniu, Hyundai nie posiadał opracowanych założeń co do tego, w jaki sposób zamierza on realizować zamówienie w przypadku jego uzyskania. Nie wiadomo, w jaki konkretnie sposób Hyundai np. wycenił ofertę, skoro sam nie posiadał jasno sprecyzowanych istotnych elementów cenotwórczych (lokalizacji produkcji, kosztów personelu, kosztów transportu, kosztów produkcji etc.), które winien on wziąć pod uwagę w tym zakresie - zdecydowanie odmienne koszty realizacji zamówienia uwzględnić trzeba w przypadku np. konieczności wzniesienia nowej hali produkcyjnej, czy korzystania z już istniejącej hali, etc.

Przedmiotowa okoliczność wzbudza zdaniem Odwołującego istotne, uzasadnione wątpliwości odnośnie sporządzonej przez Hyundai oferty: jej zgodności z SIWZ, podstaw, na jakich Hyundai opierał się oferując konkretną cenę za realizację zamówienia i składając deklarację o zapewnieniu wykonania zamówienia w terminach przewidzianych w SIWZ. Kwestia ta została natomiast całkowicie pominięta przez Zamawiającego, który w celu rzetelnego rozstrzygnięcia Postępowania winien był zastosować instytucję wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp względem oferty Hyundai. Odwołujący podkreślił przy tym, że gdyby Zamawiający zastosował tę procedurę i skierował do Hyundai wezwanie do wyjaśnienia, w jaki sposób Hyundai zamierza zrealizować zamówienie w przypadku jego uzyskania, w zależności od udzielonej przez Hyundai odpowiedzi Zamawiający, zdanie Odwołującego, uzyskałby wiadomość, że:

a) Hyundai zamierza zrealizować przedmiot zamówienia w Polsce, co z uwagi na opisane wyżej okoliczności faktyczne, byłoby równoznaczne z niezgodnością oferty Hyundai z SIWZ w zakresie terminów realizacji zamówienia i wymagań dot. systemu zapewnienia jakości (certyfikacji IRIS), i stanowiłoby dla Zamawiającego podstawę odrzucenia oferty Hyundai z postępowania; ewentualnie: gdyby Hyundai oświadczył, że planuje wykonać przedmiot zamówienia w Polsce i uruchomić w tym celu np. więcej niż jedną linię produkcyjną, wówczas poddawałoby to w wątpliwość cenę zaoferowaną przez Hyundai za wykonanie zamówienia, biorąc pod uwagę konieczność zwiększenia pewnych kosztów

(np. personel etc.) związanych z produkcją pojazdów z uwagi na konieczność intensyfikacji prowadzonych czynności;

b) Hyundai zamierza zrealizować przedmiot zamówienia w Korei bądź innym kraju, co biorąc pod uwagę istotne dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia poza granicami Polski (czy wręcz Unii Europejskiej), dot. np. kosztów transportu elementów pojazdów (bądź gotowych pojazdów), kosztów wynagrodzeń (znacznie wyższych w Korei Płd. w stosunku do wynagrodzeń w Polsce,) również poddawałoby w uzasadnioną wątpliwość cenę zaoferowaną przez Hyundai w Postępowaniu.

Uzyskanie informacji w sprawie zakładanego przez Hyundai sposobu realizacji zamówienia pozwoliłoby Zamawiającemu w sposób wiarygodny ocenić zgodność oferty Hyundai z SIWZ i prawidłowość ceny zaoferowanej w Postępowaniu.

Odwołujący podkreślił przy tym, że jakkolwiek wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty stanowi, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp uprawnienie Zamawiającego, o tyle Zamawiający dążąc do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Zamawiający, u którego zrodziły się jakiekolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest zatem wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może tym samym rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 214/13).

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego, zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie pełnej i wyczerpującej procedury wyjaśnienia treści oferty Hyundai skutkowało niemożliwością stwierdzenia, czy oferta Hyundai jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w SIWZ, w szczególności z zakresem merytorycznym wykonania zamówienia. Gdyby natomiast Zamawiający przeprowadził prawidłowo procedurę wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty Hyundai, skutkiem uzyskanych informacji byłoby, zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty Hyundai przez Zamawiającego jako oferty niezgodnej z SIWZ, bądź konieczność szczegółowej weryfikacji ceny ofertowej zaoferowanej przez Hyundai, a w dalszej kolejności odrzucenia oferty Hyundai jako zawierającej cenę rażąco niską. Tym samym, zaniechanie przez Zamawiającego opisanych czynności doprowadziło końcowo do nieuprawnionego wyboru oferty Hyundai jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta w rzeczywistości nie jest najkorzystniejsza.

Jak wynika z opisanych wyżej okoliczności, z zarzutem nieprawidłowego wyjaśnienia oferty Hyundai na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp ściśle powiązany pozostaje również zarzut zaniechania wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (a w dalszej kolejności zarzut zaniechania odrzucenia oferty Hyundai z uwagi na fakt, że zawiera ona rażąco niską cenę), w odniesieniu do istotnej części składowej ceny w postaci zaoferowanej przez Hyundai ceny za dostawę tramwajów typu 1, 2 i 3 (dostosowanych do nauki jazdy oraz bez dostosowania do nauki jazdy), a w konsekwencji również ceny łącznej zaoferowanej przez Hyundai za wykonanie przedmiotu zamówienia. Z uwagi na ten fakt, Odwołujący również w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu powołał się na okoliczności opisane w punktach poprzednich uzasadnienia, a ponadto wskazał, co następuje.

Brak opracowania przez Hyundai koncepcji co do zamierzonego sposobu realizacji zamówienia (który to fakt potwierdzają cytowane wyżej wypowiedzi przedstawicieli Hyundai) oznacza, że w istocie cena zaoferowana przez Hyundai za wykonanie zamówienia oparta została na niewiadomych przesłankach, bez uwzględnienia kosztów, jakie wiążą się z określonym, danym modelem produkcji. Cena Hyundai, tak cena za poszczególne typy dostarczanych tramwajów, jak i cena łączna za wykonanie całości zamówienia, pozostaje w takim przypadku wyłącznie spekulacją po stronie Hyundai, ustaloną w drodze arbitralnej decyzji Hyundai zmierzającej do „zmieszczenia” się w budżecie Zamawiającego i zaoferowania ceny niższej od konkurencji. Cena ta, jeśli Hyundai sam nie wie jeszcze, jaki dokładnie model produkcji zamierza zastosować, nie może być natomiast wynikiem rzetelnych kalkulacji, opartych na wymogach SIWZ i realiach gospodarczych branży producentów pojazdów szynowych. Odwołujący podkreślił, że na podstawie wymogów SIWZ każdy z wykonawców, w celu przygotowania oferty i zaproponowania ceny za realizację zamówienia, winien był w kalkulować w szczególności następujące składowe w cenę oferowanego pojazdu:

1) koszty materiałów niezbędnych do budowy i zabudowy pojazdów, począwszy od kosztów stali po koszty elementy wykończenia wnętrza pojazdów (np. rejestratory zdarzeń, lusterka zewnętrzne, drzwi zewnętrzne, przejścia międzyczłonowe, zestawy kołowe, fotele pasażerskie i fotele motorniczego, pantografy, systemy IT, układy napędowe, kasowniki, klimatyzacja, okna, piasecznice, wyświetlacze systemu sterowania, przekładnie osiowe, silniki trakcyjne, układy hamulcowe);

2) koszty robocizny (w tym outsourcingu), z uwzględnieniem pensji pracowników, zróżnicowanych w zależności od miejsca wykonywania przez nich określonych prac. Należy podkreślić, że każdy wykonawca kalkuluje stawki za roboczogodzinę pracownika właściwe dla lokalizacji danego zakładu produkcyjnego. Tym samym, stawki za roboczogodzinę pracowników będą różne np. w zależności od tego, jaki model produkcji wybierze producent i w którym kraju będzie on chciał realizować zamówienie. Przykładowo Odwołujący wskazał, że według Trading Economics, przeciętne wynagrodzenie w roku 2018: w Korei Południowej wynosiło 3.737.254,00 KRW (100 KRW = 0,3409 PLN, wg średniego kursu z dnia 13.02.2019 r.), co w przeliczeniu na PLN daje przeciętne wynagrodzenie jednego pracownika w kwocie 12.740,00 PLN; w Turcji wynosiło 2207,00 TRY (1 TRY = 0,7285 PLN, wg średniego kursu z dnia 13.02.2019 r.), co

w przeliczeniu na PLN daje przeciętne wynagrodzenie jednego pracownika w kwocie 1.607,80 PLN; w Polsce (za III kwartał 2018 r.) przeciętne wynagrodzenie jednego pracownika wynosiło 4.580,20 PLN. Biorąc natomiast pod uwagę, że np. budowa tramwaju typu 1 zajmować może przeciętnie ok. 14 tys. roboczogodzin, to przyjmując powyższe rozbieżności dotyczące średniej płacy pracownika w zależności od kraju, w którym produkowany jest tramwaj, rozpiętość kosztów budowy jednego pojazdu może sięgać w zakresie samych tylko kosztów personelu, nawet ok. 1.000.000 PLN (ok. 1.061.666 PLN - koszty personelu w przypadku Korei vs. ok. 133.983 PLN - koszty personelu w przypadku Turcji);

3) koszty transportu, w przypadku transportu gotowego tramwaju np. tylko na terenie Polski wykonawca zakładać musi natomiast niewątpliwie całkowicie odmienny koszt niż w przypadku konieczności np. transportu pojazdu z odrębnego kontynentu (drogą morską lub kolejną). W przypadku transportu pojazdu kolejną - wykonawca musi przewidywać konieczność wprawienia transportu pojazdu rozłączanego (co najmniej w dwóch częściach, z uwagi na brak platform kolejowych o długości ponad 30 m) i ponowny montaż pojazdu w Polsce; w przypadku transportu morskiego konieczne jest natomiast uwzględnienie dodatkowego czasu niezbędnego na transport. Ponadto, w przypadku obydwu rozwiązań wykonawca transportujący gotowy pojazd zza granicy winien skalkulować w cenie ofertowej załadunek, transport i rozładunek pojazdu lawetą na terenie Polski.

4) koszt (i czas) dostawy podzespołów od dostawców urządzeń i wyposażenia tramwajów;

5) koszty jednorazowe, związane z realizacją całkowicie nowego projektu pojazdu i zastosowaniem innowacyjnych technologii zaproponowanych przez danego wykonawcę w ofercie, związane np. z zaoferowanymi parametrami zużycia energii, które to parametry wskazują na zastosowanie droższych rozwiązań i komponentów;

6) koszty finansowe;

7) koszty ryzyk związanych z realizacją inwestycji, w tym kosztów usuwania wad i usterek, kary za opóźnienia w usuwaniu wad i usterek, kar za nieterminowe dostawy poszczególnych tramwajów (co w przypadku Hyundai jest szczególnie istotne, biorąc pod uwagę, że do chwili obecnej nie została podjęta przezeń decyzja o sposobie i lokalizacji produkcji pojazdów), koszty ryzyka związanego z kursami walut (istotne w przypadku produkcji poza granicami Polski, w zależności od przyjętej lokalizacji produkcji pojazdów).

8) koszty utrzymania serwisu, w tym konieczność zapewnienia tego serwisu w Warszawie oraz zapewnienie przestrzeni magazynowej na elementy/komponenty celem zapewnienia sprawnej obsługi serwisowej oraz powypadkowej;

9) koszty wydziałowe - związane z utrzymaniem zakładu produkcyjnego oraz administracji niezbędnej do zapewnienia sprawnej obsługi umowy i funkcjonowania wykonawcy.

Tym samym, brak jednoznacznego ustalenia przez Hyundai na etapie sporządzania oferty, w jaki konkretnie sposób zamierza on realizować zamówienie powoduje, że przy tak wielu czynnikach (zależnych w tym w znacznej mierze od konkretnego miejsca realizacji zamówienia) wpływających na cenę oferty, cena zaoferowana przez Hyundai w postępowaniu winna była wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiający winien był skierować do Hyundai wezwanie do wyjaśnienia ceny zaoferowanej za dostawę tramwajów typu 1, 2 i 3 oraz łącznej ceny ofertowej za wykonanie zamówienia.

Odwolujący wskazał dodatkowo, że pomimo wypowiedzi przedstawicieli Hyundai wskazujących, że w istocie nie jest jeszcze wiadome po stronie Hyundai, jak realizowane będzie zamówienie, szereg okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wskazuje na brak realnej, zgodnej z SIWZ możliwości realizacji zamówienia (produkcji pojazdów) na terenie Polski. Wskazują na to chociażby:

1) opisywane wyżej okoliczności związane z wystawieniem na rzecz zakładu produkcyjnego Hyundai w Korei Płd. certyfikatu IRIS, wymaganiami Zamawiającego zamieszczonymi w SIWZ odnośnie konieczności posiadania tego rodzaju certyfikatu na potrzeby realizacji zamówienia (a zatem realizowania zamówienia w zakładzie produkcyjnym posiadającym wymagany przez Zamawiającego certyfikat) i czasem niezbędnym na ewentualne uzyskanie takiego certyfikatu dla nowego zakładu produkcyjnego - co sprawia, że wręcz niemożliwe z punktu widzenia terminowej realizacji zamówienia staje się zlokalizowanie produkcji w ewentualnie nawet nowopowstałym zakładzie Hyundai w Polsce;

2) brak, w porównaniu do poprzedniego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, powoływania się przez Hyundai na zasoby podmiotów trzecich (np. tureckiej spółki Eurotem) czy podwykonawców i oświadczenie Hyundai o całkowicie samodzielnej realizacji przedmiotowego zamówienia (co wskazuje na realizację zamówienia za pomocą własnego zakładu produkcyjnego Hyundai);

3) opisywane wyżej okoliczności związane z narzuconymi przez Zamawiającego terminami realizacji zamówienia (opisane szczegółowo również w takim przypadku, cena zaoferowana przez Hyundai winna była wzbudzić tym większe wątpliwości Zamawiającego, mając na względzie ww. okoliczności związane z wyższymi kosztami, jakie musi uwzględnić w swojej ofercie wykonawca nie dysponujący zapleczem technicznym w Polsce i realizujący zamówienie poza granicami Polski).

Odwolujący wskazał przy tym, że jakkolwiek Zamawiający w obu postępowaniach prowadzonych w niniejszej sprawie wskazał tożsamą kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, o tyle okoliczność ta nie jest równoznaczna ze stwierdzeniem, że również ceny oferowane przez wykonawców w niniejszym postępowaniu nie powinny ulec istotnej modyfikacji w stosunku do cen oferowanych w poprzednim postępowaniu. Odwołujący zwrócił

uwagę, że w okresie od wszczęcia pierwszego postępowania do chwili obecnej upłynęły już ok. 2 lata, w którym to czasie niewątpliwie nastąpił zasadniczy wzrost kosztów związanych z realizacją zamówień takich jak niniejsze, które są zobowiązani uwzględnić w swoich ofertach producenci. Odzwierciedla to tendencja choćby innych, podobnych do niniejszego, postępowań o udzielenie zamówienia, w których oferty wykonawców w istotny sposób przewyższają kwoty, jakie zamawiający wskazują podczas otwarcia ofert jako kwoty, które gotowi są oni przeznaczyć na sfinansowania zamówienia. Ponadto, w stosunku do poprzednio przeprowadzonego postępowania, zmianie uległy wymagania Zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia oraz skróceniu uległy terminy, w jakich wykonawca zobowiązany będzie zrealizować zamówienia - co ma istotne znaczenie z punktu widzenia kalkulacji cen ofertowych przez wykonawców.

Odwolujący wyjaśnił, że w aktualnym postępowaniu Zamawiający wprowadził dodatkowe wymagania dotyczące bezpieczeństwa systemów SIL2, których konieczność uwzględnienia przez producentów powoduje wzrost kosztów, jakie muszą oni przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia - a w konsekwencji wpływa na konieczność odpowiedniego dostosowania ceny oferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Pytanie 373: Z myślą o zwiększeniu bezpieczeństwa pasażerów jaki jest wymagany poziom bezpieczeństwa SIL w Systemie Sterowania i Diagnostyki Tramwaju (TCMS) dla poszczególnych podsystemów? Odpowiedź i zmiana SIWZ: Dla głównych systemów sterowania (systemów sterowania: tramwajem VCU, układem hamulcowym, układem zasilania, układem napędowym oraz układem drzwiowym) i systemu diagnostyki jest wymagany poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL 2 (lub wyższy), a dla pozostałych systemów sterowania - poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL 1 (lub wyższy).

W związku z powyższym:

1) w rozdziale II SIWZ część IV po pkt 4.48 dodaje się pkt 4.49 o brzmieniu: „Dla głównych systemów sterowania (systemów sterowania: tramwajem VCU, układem hamulcowym, układem zasilania, układem napędowym oraz układem drzwiowym) i systemu diagnostyki jest wymagany poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL 2 (lub wyższy), a dla pozostałych systemów sterowania - poziom nienaruszalności bezpieczeństwa SIL 1 (lub wyższy). Wymóg ten dotyczy oprogramowania oraz sprzętu. Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu, na co najmniej 2 miesiące przed zgłoszeniem do badań odbiorczych rozszerzonych, certyfikaty wydane przez niezależną jednostkę badawczą, zawierające wynik oceny poziomów nienaruszalności bezpieczeństwa SIL dla poszczególnych systemów.”,

2) w rozdziale III SIWZ w § 6 pkt 1.1.11 kropkę umieszczoną na końcu punktu zastępuje się średnikiem oraz dopisuje się po pkt 1.1.11 pkt 1.1.12 o brzmieniu: „dostarczeniu certyfikatów potwierdzających spełnienie wymagań, o których mowa w rozdziale II SIWZ część IV pkt 4.49.”,

3) w Załączniku nr 7 do rozdziału III SIWZ w ostatnim zdaniu wykreśla się postanowienie: „dokumenty wymienione w § 6 pkt 1.1.2 - 1.1.11 Umowy” i w to miejsce wpisuje się: „dokumenty wymienione w § 6 pkt 1.1.2- 1.1.12 Umowy.” Pytanie 390: W związku z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 373 z dnia 20 listopada 2018 r. i wprowadzeniem zmian do SIWZ w rozdziale II SIWZ część IV pkt 4.49, w rozdziale III SIWZ w § 6 pkt 1.1.11 oraz w Załączniku nr 7 do rozdziału III SIWZ w ostatnim zdaniu, wnosimy o dodatkowe wyjaśnienia. Wprowadzone przez Zamawiającego zmiany do SIWZ, w związku z udzieleniem odpowiedzi na pytanie nr 373 dotyczące wymaganego poziomu bezpieczeństwa SIL dla głównych systemów sterowania, są w ocenie Wykonawcy nieprecyzyjne i wymagają uzupełnienia, ponieważ nie określono funkcji, które mają być bezpieczne. Zgodnie z punktem 7.6.2.9 normy PN-EN 61508-1:2010, która jest podstawą definicji SIL, nienaruszalność bezpieczeństwa SIL określa się dla funkcji systemu, a nie dla systemu. Przywołana przez Państwa w SIWZ norma PN-EN 50126-1:2018-02 i PN-EN 50126-2:2018-02 określa metodykę wyznaczenia listy funkcji bezpiecznych dla pojazdu. Wprowadzone wymaganie narzuca konieczność opracowania rozszerzonej listy funkcjonalności zarówno dla oprogramowania, jak i urządzeń stosowanych w układach wskazanych przez Zamawiającego. W związku z powyższym, w celu prawidłowego sporządzenia oferty niezbędne jest przedstawienie przez Zamawiającego takiej listy funkcjonalności. Podkreślamy, że tylko w ten sposób Zamawiający dokona precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia i uzyska pewność, że wszyscy Wykonawcy przyjmą identyczne założenia do sporządzenia oferty (identyczne funkcjonalności). Jednocześnie Wykonawca zwraca uwagę, że szczegółowa analiza dodatkowych wymagań w zakresie SIL będzie możliwa dopiero po otrzymaniu takiej listy funkcjonalności, a w szczególności konieczne będzie rozpoczęcie dodatkowych negocjacji z dostawcami systemów i układów pojazdu. Szacujemy, że wprowadzenie wymaganych zmian w projekcie oferty, związanych z dodatkowym wymogiem Zamawiającego, zajmie ok. 2 miesiące, w związku z czym wnosimy o wydłużenie terminu składania ofert o dodatkowe 2 miesiące w celu zapewnienia Wykonawcom czasu niezbędnego na wdrożenie wszystkich zmian dotyczących SIL i przygotowanie rzetelnej oferty. Odpowiedź: Dla systemów wskazanych w rozdziale II SIWZ część IV pkt 4.49 należy uwzględnić wszystkie funkcje konieczne do osiągnięcia i utrzymania stanu bezpiecznego.

Wzrost kosztów z tego tytułu dla każdego z producentów wynosi natomiast około 200.000,00 zł w przeliczeniu na jeden pojazd. Oznacza to, że łączny koszt wprowadzenia powyższego ulepszenia w oferowanych pojazdach zgodnie z wymogami Zamawiającego przekłada się na konieczność uwzględnienia przez wykonawców w swoich ofertach dodatkowego kosztu rzędu ok. 42 mln zł (213 pojazdów x 200 tys. zł = 42.600.000 zł). Tymczasem, jak wynika choćby z prostego porównania ceny zaoferowanej przez Hyundai w pierwszym postępowaniu z ceną zaoferowaną obecnie, cena Hyundai (w przeciwieństwie do ofert pozostałych wykonawców) uległa obecnie zwiększeniu jedynie o ok. 8 mln zł i nie

pokrywa ona ww. dodatkowych kosztów związanych z wprowadzeniem większych wymogów bezpieczeństwa pojazdów, zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w niniejszym postępowaniu: Wykonawca Cena zaoferowana w 1. postępowaniu Cena zaoferowana w obecnym Postępowaniu Różnica Stadler 2.208.510.649,15 zł 2.473.524.228,23 zł 265.013.579,08 zł (wzrost o 12%) PESA 2.722.004.980,00 zł 2.836.791.041,40 zł 114.786.061,40 zł (wzrost o 4%) Hyundai 1.817.817.013,00 zł 1.825.982.893,00 zł 8.165,880 zł (wzrost o 0,44%).

Ponadto, w związku ze zmianą (skróceniem) wymaganych przez Zamawiającego terminów realizacji zamówienia, wykonawcy musieli w opracowanych ofertach uwzględnić konieczność innego zorganizowania prac w ramach realizacji zamówienia (w tym np. zintensyfikowania określonych czynności), co wiąże się w modelu biznesowym z koniecznością adekwatnego zwiększenia nakładów poświęconych na dane zamówienia, a w konsekwencji oznacza konieczność zwiększenia ceny oferowanej Zamawiającemu za wykonanie danego zamówienia w krótszym czasie, na co powszechnie wskazywał Odwołujący, jak również Stadler, w toku Postępowania czy oświadczeniach medialnych dotyczących niniejszego przetargu. W szczególności w tym zakresie Odwołujący zwrócił uwagę na: oświadczenie zamieszczone na str. 130 oferty Stadler o braku możliwości zaakceptowania terminów realizacji wskazanych przez Zamawiającego; następujące oświadczenie Zamawiającego i Stadler: „Prezes tej firmy oficjalnie poinformował mnie, że oczekiwane terminy dostaw są dla nich niemożliwe do spełnienia, i że świadomie złożą ofertę przekraczającą te terminy - wskazał W. B., prezes Tramwajów Warszawskich. Jakość i niezawodność pojazdów oraz terminowość realizowanych zamówień są dla firmy Stadler absolutnym priorytetem. Zawsze dążymy do tego, aby przygotować ofertę maksymalnie dopasowaną do oczekiwań zamawiającego oraz by zrealizować zamówienie w wyznaczonym terminie. W czasie trwania postępowania przetargowego ogłoszonego przez Tramwaje Warszawskie zwróciliśmy się do zamawiającego z pytaniem o możliwość przedłużenia terminów dostaw pojazdów. Zamawiający nie udzielił pozytywnej odpowiedzi. Stadler Polska i Solaris Tram złożyły ofertę na dostawę tramwajów zgodną z warunkami technicznymi przetargu. Jesteśmy gotowi dostarczyć pojazd zgodny z oczekiwaniami zamawiającego, jednak w terminach dłuższych niż wyznaczone w postępowaniu. Informacja na ten temat stanowi część złożonej oferty - wyjaśnia stanowisko firmy M. J., rzecznik prasowy Stadlera.”; następujące oświadczenie Odwołującego: „Przetarg publiczny ma to do siebie, że mamy pewne kryteria, jakąś punktację i matematycznie wręcz oblicza się czyja oferta jest lepsza. Cena, którą ostatecznie się podaje, nie dotyczy tylko kosztów samych komponentów, ale też np. terminu realizacji zlecenia. Im krótszy on jest, tym drożej musi to kosztować. Trudniej jest bowiem kupić komponenty, musimy też skalkulować swoje zdolności produkcyjne. Jeżeli więc mamy określone terminy dostawy, to wówczas szacujemy też ryzyko zwiększenia kosztów. Nie walczymy za wszelką cenę o to, by wygrać kontrakt, ale musimy też na tym zarobić. Zapewniam, że cena została rzetelnie skalkulowana i uwzględnia wszystkie koszty i ryzyka tego kontraktu. (...) Proszę zwrócić uwagę na to, co napisał Stadler, że nie jest w stanie zaakceptować terminów w tym przetargu. Rozumiem to. Z naszej strony powiedziałbym inaczej- tak krótkie terminy spowodowały, że ta cena jest wyższa.”

Nadto, za istotne w powyższym zakresie, wskazujące na zasadność powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Hyundai i skierowania do Hyundai wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, należy uznać również następujące okoliczności faktyczne:

1) w pierwszym postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia, o jego udzielenie rywalizowało z sobą pięć podmiotów: Hyundai, Stadler, PESA, Alstom oraz Skoda - co przy tym istotne, przy dłuższych od niniejszego terminach realizacji zamówienia, tylko dwóch (Hyundai i Stadler) spośród ww. pięciu wykonawców zaoferowało cenę mieszczącą się w kwocie wskazanej przez Zamawiającego podczas otwarcia ofert;

2) w obecnym postępowaniu, z ww. grona wykonawców tylko trzech wykonawców było w stanie wystartować w przetargu i złożyć oferty - przy czym tylko dwie (oferty Hyundai i PESA) z nich stanowiły oferty ważne, niepodlegające odrzuceniu; z kolei dwóch kolejnych wykonawców (CAF i Siemens), mimo zainteresowania przetargiem, oświadczyło, iż z uwagi na wymogi SIWZ nie jest w stanie przystąpić do postępowania;

3) w przypadku Stadler - mimo istotnego zwiększenia przezeń ceny ofertowej w stosunku do ceny oferowanej poprzednio (o ok. 260 mln zł), w dalszym ciągu wykonawca ten nie był w stanie zadeklarować realizacji zamówienia w terminach przewidzianych przez Zamawiającego (na co zwrócił również uwagę przedstawiciel Hyundai: „Przypomnę, że w pierwszym przetargu znacznie niższą cenę zgłosił szwajcarski Stadler - mówi J. . Teraz Stadler też wystartował, ale złożył ofertę, która nie spełniła wymagań” ; w przypadku Odwołującego zadeklarowanie możliwości realizacji zamówienia w przewidzianych SIWZ terminach było natomiast możliwe dopiero po istotnym zwiększeniu ceny ofertowej (o ok. 114 mln zł, przy czym do poziomu jeszcze wyższego niż łączna cena Stadler);

4) tymczasem, w przypadku Hyundai: mimo zmian SIWZ i skrócenia terminów realizacji, cena ofertowa wzrosła łącznie jedynie o ok. 8 mln zł (co stanowi kwotę nieznaczną z punktu widzenia zakresu zamówienia), zaś cena za poszczególne pojazdy wzrosła jedynie o średnio 3-4 % (jak wskazano w poniższej tabeli), a jednocześnie w dalszym ciągu kwota ta mieści się zarówno w budżecie Zamawiającego i jest zdecydowanie najniższą cenowo ofertą spośród złożonych Wykonawcy. Typ tramwaju Pierwsze postępowanie Obecne Postępowanie Różnica [zł] Różnica [%] Hyundai Tramwaj typu 1 bez dostosowania do nauki jazdy 7 286 601,00 zł 7 550 470,00 zł 263 869,00 4% Tramwaj typu 2 bez dostosowania do nauki jazdy 6 932 523,00 zł 7 146 403,00 zł 213 880,00 3% Tramwaj typu 3 bez dostosowania do nauki jazdy 5 770 523,00 zł 5 944 348,00 zł 173 825,00 3% PESA Tramwaj typu 1 bez dostosowania do nauki jazdy 9 080 539,00 zł 9 530 000,00 zł 449 461,00 5% Tramwaj typu 2 bez dostosowania do nauki jazdy 8 570 956,00 zł 8 999 000,00 zł 428 044,00 5% Tramwaj typu 3 bez dostosowania do nauki jazdy 7 221 043,00 zł 7 580 000,00 zł 358 957,00 5% Stadler Tramwaj typu 1 bez dostosowania do nauki jazdy 7 452 000,00 zł 8 346 240,00 zł 894 240,00 12%

12% Tramwaj typu 2 bez dostosowania do nauki jazdy 6 855 840,00 zł 7 678 540,80 zł 822 700,80 12% Tramwaj typu 3 bez dostosowania do nauki jazdy 5 732 640,00 zł 6 431 756,80 zł 699 116,80 12%.

Powyższe okoliczności winny być zatem, zdaniem Odwołującego, doprowadzić do skierowania przez Zamawiającego do Hyundai wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny w ofercie, w tym jej istotnych części składowych, wobec powzięcia wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez Hyundai w Postępowaniu jest realna, rynkowa i umożliwia wykonanie zamówienia po cenie podanej w ofercie. 7.26. Odwołujący wskazuje przy tym na rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 9 czerwca 2016 r. w sprawie konkurencyjności europejskiej branży zaopatrzenia kolei (2015/2887(RSP)), w której Parlament zwrócił się do Komisji Europejskiej o monitorowanie pozazuropejskich inwestycji kolejowych w państwach członkowskich UE oraz o zagwarantowanie przestrzegania europejskich przepisów w dziedzinie zamówień publicznych, np. przepisów dotyczących rażąco niskich ofert nieuczciwej konkurencji oraz zachęcił do badania sytuacji potencjalnych oferentów spoza Europy przedstawiających oferty w UE. Stanowisko Parlamentu Europejskiego wskazuje zatem, że również na poziomie europejskim dostrzeżone zostały potencjalne ryzyka, jakie wiążą się z uczestnictwem w postępowaniach o udzielenie zamówień branżowych podmiotów pozaunijnych oraz wpływające na prawidłowe działanie systemu zamówień publicznych w zakresie dostaw pojazdów szynowych (tak pociągów, jak i tramwajów). Tym bardziej zatem zamawiający publiczni winni dokładać należytej staranności celem rzetelnego wyjaśniania ofert składanych w tego typu przypadkach, w tym zwłaszcza w zakresie ceny oferowanej za wykonanie zamówienia.

Zaniechanie natomiast skierowania do wykonawcy ww. wezwania stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów powołanych w niniejszym odwołaniu, w tym art. 90 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy, że skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie jest, w przeciwieństwie do procedury wyjaśnień wszczynanej na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp, uwarunkowane zaistnieniem sytuacji, w której cena danego wykonawcy przekracza pewne z góry określone limity. Skierowanie zapytania z art. 90 ust. 1 Pzp do danego wykonawcy jest natomiast konieczne i uzasadnione w każdej sytuacji, gdy powstają wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, niezależnie od tego, w jakim pozostaje ona stosunku do kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na realizację zamówienia oraz cen pozostałych oferentów - a zatem, nie ma znaczenia z punktu widzenia zaniechania zastosowania przez Zamawiającego procedury z art. 90 ust. 1 Pzp fakt, iż cena zaoferowana przez Hyundai obiega w niewielkim stopniu od kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (zwłaszcza biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne opisane powyżej, związane z wymaganiami Zamawiającego w niniejszym przetargu czy terminami realizacji).

Mając powyższe na uwadze, w oparciu o opisane wyżej okoliczności, Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Hyundai, która zawiera cenę rażąco niską. Jakkolwiek Odwołujący, z uwagi na opisane powyżej nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, nie dysponuje szczegółowymi informacjami co do tego, jak konkretnie Hyundai skalkulował cenę ofertową, w tym cenę za poszczególne typy tramwajów, z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że Hyundai:

a) nie wycenił w sposób należyty i kompletny wszystkich elementów cenotwórczych składających się na opisany przez Zamawiającego zakres zamówienia i wymogi Zamawiającego co do jego realizacji;

b) cena zaoferowana przez Hyundai jest w istocie ceną oderwaną od rzeczywistości oraz ceną nierynkową, i nie została ona skalkulowana w oparciu o logiczne i sprawdzalne przesłanki;

Nadto, Odwołujący podnosi również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Hyundai jako niezgodnej z SIWZ w zakresie, w jakim pozostaje ona niezgodna z wymogami określonymi w pkt. 14.6 i 14.7 IDW, które przewidują, że cena ofertowa winna:

a) obejmować wykonanie całości przedmiotu zamówienia;

b) w zakresie ceny za poszczególne elementy zamówienia wskazane w ofercie - odzwierciedlać koszty związane z realizacją poszczególnych elementów zamówienia.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu dot. naruszenia obowiązków zawodowych, Odwołujący wskazał, co następuje.

Hyundai realizował dla Kolei Ukraińskich („Ukrzaliznytsia”) dostawę 10 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych

(dalej jako „EZT”), które miały stanowić tabor dla szybkich kolei „Ukraiński Ekspres” na Ukrainie, a które zaczęły kursować pod koniec maja 2012 r. Z informacji, w tym informacji prasowych, do których dostęp uzyskał Odwołujący, a w którym to zakresie szczegółowe dowody Odwołujący przedstawi w toku postępowania odwoławczego, wynika natomiast, że pojazdy te od początku eksploatacji posiadały liczne problemy i usterki, m.in. związane z hamulcami, klimatyzacją czy kompresorami, a także z pęknięciami w konstrukcji w obszarze wózków wszystkich dziesięciu pojazdów, które miały istotny wpływ na bezpieczeństwo eksploatacji EZT, a skutkiem których wszystkie pojazdy musiały być wycofane z eksploatacji. Przyczyną usterek były wady konstrukcyjne, niedostateczna jakość materiałów zastosowanych do produkcji oraz wpływ czynników zewnętrznych, np. niskie temperatury, oraz brakiem dostosowania pojazdów przez producenta do wymogów krajowych. Z powodu wycofania z użytkowania pojazdów Hyundai, Koleje Ukraińskie były zmuszone do zatrzymania sprzedaży biletów na wszystkie szybkie pociągi klasy „Intercity+” jednocześnie, a także wypłacenia pasażerom odszkodowań z powodu odwołanych przejazdów, opóźnień i różnic w klasie pociągu, w kwocie ok. 1 mln hrywien ukraińskich (ok. 140 tys. zł). Nieprawidłowości w produkcji pojazdów i usuwaniu w nich stwierdzonych usterek, związane z niedostosowaniem pojazdów do wymogów krajowych, spowodowały również wszczęcie przez ukraińskiego prokuratora generalnego postępowania karnego dotyczącego wad i nielicencjonowanego korzystania z pociągów Hyundai, wskutek którego stwierdzono, że Koleje Ukraińskie przez ponad rok świadczyły usługi w zakresie transportu pasażerów przy użyciu EZT wyprodukowanych przez Hyundai, bez odpowiednich zezwoleń na ich eksploatację.

W świetle powyższych okoliczności, zdaniem Odwołującego, względem Hyundai zrealizowały się przesłanki wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, które zostały przewidziane przez Zamawiającego jako znajdujące zastosowanie w postępowaniu w pkt 6.1.2. IDW. Opisane wyżej okoliczności świadczą w ocenie Odwołującego o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych przez Hyundai, polegającym na nienależytym wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z Kolejami Ukraińskimi. Należy przy tym podkreślić, że pojęcie „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych” nie zostało ściśle zdefiniowane w przepisach, co oznacza, że ocena zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp wymaga w tym zakresie każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. W doktrynie wskazuje się jednakowoż, że pojęcie to obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. W interpretacji ww. przesłanki pomocne jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. (C-465/11, Forposta) orzekł że: „Pojęcie „poważnego wykroczenia” zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony”.

Winę za opisane wyżej uchybienia i naruszenia - w świetle stwierdzonych przyczyn usterek pojazdów - można przy tym przypisać Hyundai, jako wykonawcy kontraktu, odpowiedzialnemu względem zamawiającego za prawidłową konstrukcję i funkcjonowanie pojazdów oraz prawidłowe usuwanie wykrytych usterek celem ich niewystępowania (niepowtarzania) w przyszłości. Ponadto, Hyundai, co potwierdzają zresztą jego własne oświadczenia w związku z awariami pojazdów dostarczonych Kolejom Ukraińskim, niewątpliwie miał świadomość nieprawidłowości, które mogą wynikać m.in. z zastosowania opracowanego projektu EZT, zastosowanych materiałów i warunków zewnętrznych, na które narażone będą wyprodukowane pojazdy. Opisane okoliczności faktyczne podważają również uczciwość Hyundai jako wykonawcy w niniejszym Postępowaniu i zaprzeczają temu, ażeby Hyundai był wykonawcą dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem - w szczególności bowiem opisywane okoliczności wywołują uzasadnione wątpliwości i znaczne ryzyko tego, że sytuacje zachodzące w ramach realizacji kontraktu ukraińskiego powtórzą się również w trakcie realizacji niniejszego zadania, w przypadku powierzenia go Hyundai - zwłaszcza biorąc pod uwagę krótkie terminy realizacji zamówienia, jakie przewidział w niniejszym Postępowaniu Zamawiający, co będzie w postępującym stopniu działać na niekorzyść Zamawiającego, oraz środków publicznych zaangażowanych w realizację zamówienia.

Uzasadniając zarzut dotyczący wprowadzenia Zamawiającego w błąd, Odwołujący wskazał, co następuje.

W świetle okoliczności faktycznych przytoczonych w ww. punktach odwołania dotyczących zaniechania wyjaśnienia treści oferty w powiązaniu z informacjami ujawnianymi publicznie, a także naruszenia obowiązków zawodowych przez Hyundai, Odwołujący nadto podnosi, że wobec Hyundai zaktualizowały się również przesłanki wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp, zgodnie z którymi wyklucza się wykonawcę, który:

1) pkt 16 - „w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”;

2) pkt 17 - „w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia”.

W kwestii przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie merytorycznym oferty, kluczowe byłoby dokonanie oceny stosownych wyjaśnień treści oferty Hyundai, gdyby Zamawiający nie zaniechał stosownego wezwania wykonawcy w tym zakresie. Niezwykle ważne jest jak Hyundai zamierza realnie (a nie poprzez deklaratywne oświadczenie zamówieniowe) sprostać wymaganiom SIWZ, jak Hyundai zamierza rzeczywiście (gdzie, przy wykorzystaniu jakich zasobów miejscowych, ludzkich, sprzętowych) wykonać zamówienie w terminie i za cenę zaoferowaną. Obecnie można stwierdzić, że wedle znacznie większej puli informacji prasowej, niż zgromadzona w Postępowaniu przez Zamawiającego, przy odniesieniu się do wiadomości specjalnych (właściwych biegłych) będzie można wykazać, że osiągnięcie celu zamówienia przez Hyundai, przy braku sprawnego działającego zakładu przeznaczonego do owego celu w cenie zaoferowanej, jest oświadczeniem nie polegającym na prawdzie. Elementy dotyczące wartości merytorycznej oferty są kluczowe z punktu widzenia wyboru oferty najkorzystniejszej i decyzji Zamawiającego. Jeśli przy wszystkich ww. aspektach sprawy - ww. okoliczności nie wzbudziły u Zamawiającego potrzeby pozyskania wyjaśnień - to owo zaniechanie musi być ocenione negatywnie w świetle zasad - jakimi posługiwać się ma procedura wyłonienia oferty najkorzystniejszej.

W zakresie wprowadzenia w błąd w odniesieniu do naruszenia obowiązków zawodowych Odwołujący wskazał ponadto, że:

1) Hyundai nie wskazywał w ofercie na okoliczności związane z ww. nieprawidłowym wykonaniem zamówienia dla Kolei Ukraińskich, spełniającym przesłanki zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp

2) podanie przez Hyundai powyższych nieprawdziwych informacji nastąpiło niewątpliwie wskutek co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, ewentualnie zamierzonego działania Hyundai lub jego rażącego niedbalstwa na dzień składania ofert, okoliczności związane z ww. podstawą wykluczenia Hyundai z Postępowania dot. naruszenia obowiązków zawodowych, niewątpliwie były znane Hyundai i nie miały one charakteru spornego. Jak wskazano we wcześniejszej części odwołania, a co zostanie poparte stosownymi dowodami przedstawionymi w toku postępowania odwoławczego, Hyundai uczestniczył w naprawach pojazdów w okresie gwarancji, wypowiadał się na ich temat w mediach i miał świadomość zdarzeń opisanych przez Odwołującego i ich przyczyn. Jednakże, Hyundai zdecydował o nieupublicznianiu wskazanych informacji wobec Zamawiającego, mimo iż informacje te niewątpliwie uznać należało za istotne z punktu widzenia oceny dopuszczalności udziału Hyundai w Postępowaniu.

3) przedstawione przez Hyundai informacje nieprawdziwe w opisanym powyżej zakresie wprowadziły Zamawiającego w błąd co do tego, że Hyundai nie podlega wykluczeniu z Postępowania - na skutek powyższych okoliczności, Zamawiający został bowiem skutecznie wprowadzony w błąd przez Hyundai co do tego, że Hyundai nie podlega wykluczeniu z Postępowania, co w rezultacie doprowadziło do nieprawidłowego rozstrzygnięcia niniejszego Postępowania i przyznania zamówienia Hyundai, pomimo iż podmiot ten nie daje rękojmi należytej, uczciwej i zgodnej z prawem realizacji zamówienia.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem podatków i składek na ubezpieczenie zdrowotne, społeczne, pracownicze i wypadków przemysłowych, Odwołujący wskazał co następuje.

Dnia 9 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Hyundai do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 Pzp w stosunku do wykonawcy, czyli dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Hyundai (dokumentów, o których mowa w rozdziale I SIWZ pkt 7.3.1 i 7.4-7.5 w związku z pkt 7.3.2), tj. m.in. dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, potwierdzających, że nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Hyundai przedłożył Zamawiającemu następujące dokumenty:

- 1) „Zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków”;
- 2) „Zaświadczenie (zawiadomienie) o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych”;
- 3) „Zaświadczenie o wpisie do rejestru ubezpieczeń zdrowotnych”;
- 4) „Zaświadczenie o zapłacie w całości (w części) składek ubezpieczenia (społecznego i zdrowotnego)”;
- 5) „Zaświadczenie o zapłacie składek do Krajowego Systemu Emerytur”;
- 6) „Zaświadczenie o zapłacie składek ubezpieczenia wypadków przemysłowych”;
- 7) „Zaświadczenie o opłaceniu składek ubezpieczenia pracowniczego”;
- 8) „Zaświadczenie o zapłacie w całości składek ubezpieczenia pracowniczego i ubezpieczenia wypadków przemysłowych”.

W treści dokumentu „Zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków” zamieszczone zostało oświadczenie Dyrektora Urzędu Skarbowego Changwon, zgodnie z którym zaświadcza się, że „z pominięciem należności wobec powierników w myśl Art. 3 pkt 2 Ustawy o podatku VAT nie występują żadne inne odroczone należności podatkowe w formie fizycznej”. Treść oświadczenia Dyrektora Urzędu Skarbowego wskazuje zatem, zdaniem Odwołującego, że

Hyundai posiada nieopłacone „należności wobec powierników” w rozumieniu przepisów o VAT. W pozostałej części ww. dokumentu, piśmie przewodnim Hyundai dot. przedłożenia dokumentów żądanych przez Zamawiającego oraz pozostałych złożonych przez Hyundai dokumentach nie ujawniono natomiast żadnych dalszych informacji o wspomnianych należnościach Hyundai wobec powierników, które pozwalałyby Zamawiającemu przyjąć, że Hyundai wykazał brak podstaw wykluczenia z Postępowania. W szczególności z dokumentów tych nie wynika: (i) wysokość wskazanych należności, (ii) ich charakter prawny, (iii) szczegóły stanu faktycznego dot. płatności tych zobowiązań, w tym przyczyny, dla których należności te nie zostały opłacone, (iv) brzmienie i zakres zastosowania wskazanego przez Dyrektora Urzędu Skarbowego „art. 3 pkt 2 Ustawy o VAT”.

W treści dokumentu „Zaświadczenie o zapłacie w całości (w części) składek ubezpieczenia (społecznego i zdrowotnego)” zamieszczone zostało oświadczenie Dyrektora Państwowego Zakładu Ubezpieczeń Zdrowotnych, zgodnie z którym „Zaświadcza się, że z wyjątkiem powyższych kwot za okres wstrzymania pobierania składek lub kwot za okres odroczenia uregulowania zaległych należności, nie ma zaległych składek ubezpieczeniowych, kwot zaległych należności i opłat za uregulowanie zaległych należności”. Oświadczenie to wskazuje w ocenie Odwołującego, że Hyundai posiada pewne zaległe składki ubezpieczeniowe czy zaległe należności na rzecz Państwowego Zakładu Ubezpieczeń Zdrowotnych. W pozostałej części ww. dokumentu, piśmie przewodnim Hyundai dot. przedłożenia dokumentów żądanych przez Zamawiającego oraz pozostałych złożonych przez Hyundai dokumentach nie ujawniono natomiast żadnych dalszych informacji o wspomnianych kwotach za okres wstrzymania pobierania składek lub kwotach za okres odroczenia uregulowania zaległych należności, które pozwalałyby Zamawiającemu przyjąć, że Hyundai wykazał brak podstaw wykluczenia z Postępowania. W szczególności z dokumentów tych nie wynika choćby: (i) wysokość takich należności, (ii) szczegóły stanu faktycznego dot. płatności tych zobowiązań, (iii) na czym polega naliczanie w Korei kwot za okres wstrzymania pobierania składek lub kwot za okres odroczenia uregulowania zaległych należności.

W treści dokumentu „Zaświadczenie o zapłacie w całości składek ubezpieczenia pracowniczego i ubezpieczenia wypadków przemysłowych” zamieszczone zostało oświadczenie Dyrektora Oddziału Changwon Zakładu Świadczeń Socjalnych, zgodnie z którym „zaświadcza się, że aktualnie zgodnie z datą wydania zaświadczenia pełnej wpłaty składek, za wyjątkiem kwoty za okres wstrzymania pobierania składek, brak zaległych należności”. Treść oświadczenia Dyrektora Oddziału Zakładu Świadczeń Socjalnych wskazuje zatem, że Hyundai posiada pewne zaległe należności dot. świadczeń socjalnych. W pozostałej części ww. dokumentu, piśmie przewodnim Hyundai dot. przedłożenia dokumentów żądanych przez Zamawiającego oraz pozostałych złożonych przez Hyundai dokumentach nie ujawniono żadnych dalszych informacji o wspomnianych kwotach za okres wstrzymania pobierania składek. W szczególności z dokumentów tych nie wynika choćby: (i) wysokość takich należności, (ii) szczegóły stanu faktycznego dot. płatności tych zobowiązań, (iii) na czym polega naliczanie w Korei kwot za okres wstrzymania pobierania składek.

Pojawienie się przytoczonych fragmentów o nieujawnionych zobowiązaniach w trzech z zaświadczeń (jednak nie w każdym z przedłożonych), należy uznać, zdaniem Odwołującego, za celowe zamieszczenie tego typu informacji przez podmiot wydający dokument. Powyższe w znacznym stopniu uprawdopodobnia istnienie dodatkowych zobowiązań publicznoprawnych po stronie Hyundai, które wynikają z krajowych regulacji prawnych Korei Południowej i są znane podmiotom wydającym dokumenty, jednak nie zostały wykazane przedłożonymi przez Hyundai zaświadczeniami. Hyundai zaniechał przy tym samodzielnie szczegółowego wyjaśnienia treści tych dokumentów. Na podstawie przedłożonych przez Hyundai dokumentów nie sposób zatem ustalić jednoznacznie, czy istotnie Hyundai nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne i posiada zaległości w tym zakresie, ewentualnie czy wobec Hyundai nie został wydany prawomocny wyrok sądu lub ostateczna decyzja administracyjna zaleganiu z uiszczeniem ww. należności, a w konsekwencji czy wobec Hyundai nie zachodzi podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp bądź art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp. Tymczasem, Zamawiający pomimo treści ww. dokumentów oraz braku posiadania dodatkowych informacji, które pozwalałyby mu jednoznacznie rozstrzygnąć wątpliwości, które budzi treść tych dokumentów, zaniechał przeprowadzenia dalszych czynności wyjaśniających w tym zakresie.

Odwołujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 12 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2820/15), w przedmiocie stosowania przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wskazując, że w orzecznictwie KIO uznaje się jako naruszające art. 26 ust. 4 pzp zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu, jeżeli okoliczności budzące wątpliwości prowadzą następnie do wykluczenia wykonawcy z postępowania (tak wyrok z dnia 12 listopada 2015 r., sygn. akt KIO/KU 59/15). W ocenie Odwołującego przedłożone przez Hyundai dokumenty nie potwierdzają jednoznacznie braku podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a co najmniej wzbudzają poważne wątpliwości co do tego, czy wobec Hyundai nie zachodzą takie podstawy wykluczenia. Na podstawie samej ich treści Zamawiający nie był w stanie poprawnie i w pełni zweryfikować dokumentacji Hyundai, mającej świadczyć o niezaleganiu z opłacaniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Zatem Zamawiający, wobec niejednoznacznej treści ww. dokumentów Hyundai, miał obowiązek wezwać Hyundai do wyjaśnień odnośnie treści tych dokumentów i zamieszczonych w nich cytowanych oświadczeń: Dyrektora Urzędu Skarbowego Changwon, Dyrektora Państwowego Zakładu Ubezpieczeń Zdrowotnych i Dyrektora Oddziału Changwon Zakładu Świadczeń Socjalnych - celem jednoznacznego ustalenia, czy wobec Hyundai nie zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania. 11. Mając powyższe na uwadze, w świetle podniesionych i opisanych wyżej zarzutów, na uwzględnienie zasługują również zarzuty

odwołania dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym, odwołanie zasługuje, zdaniem Odwołującego, na uwzględnienie w całości.

Pismem z dnia 1 marca 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości. Ponadto Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku Odwołującego o powołanie biegłego z zakresu produkcji maszyn na okoliczność: (i) istniejących modeli produkcji pojazdów szynowych (ii) czynności składających się na wyprodukowanie pojazdu szynowego (tramwaju) w ramach poszczególnych modeli produkcji, (iii) minimalnego czasu niezbędnego na wykonania tych czynności i elementów mogących ulec przyspieszeniu bądź równoległego wykonania wraz z (iv) wpływem powyższe(go) na koszty produkcji pojazdów. Zamawiający podał następujące argumenty za oddaleniem (odmową przeprowadzenia) tego dowodu:

- a) Odwołujący bardzo lakonicznie wskazał na specjalizację biegłego oraz zakres badania: po pierwsze, wniosek dowodowy Odwołującego jest bardzo lakoniczny i przez to trudno jest jednoznacznie ustalić jaką okoliczność faktyczną biegły miałby ustalić; na podstawie treści odwołania można jedynie domniemywać, że tym biegłym de facto być producent tramwajów (czyli podmiot bezpośrednio zainteresowany uzyskaniem zamówienia dla którego prowadzone jest Postępowanie), a nawet w takim przypadku mógłby on na pytania jedynie bazując na własnym zakładzie produkcyjnym, co nie miałyby przełożenia na zaistniały w sprawie stan faktyczny. Po drugie, w celu udzielenia odpowiedzi na postawione przez Odwołującego we wniosku dowodowym biegły zmuszony byłby przyjąć szereg założeń (np. co do sposobu produkcji tramwajów, mocy przerobowych, możliwych do wykorzystania sprawdzonych rozwiązań konstrukcyjnych, stosowanej technologii, systemu zapewnienia jakości, łańcucha dóbr, programu prób i badań nowego pojazdu, itp.), które doprowadziłyby do tego, że ewentualne wnioski biegłego nie miałyby żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy i miałyby charakter zupełnie abstrakcyjny, zarówno Izba jak i pozostali uczestnicy nie są w stanie przedstawić biegłemu miarodajnych materiałów, na podstawie których mógłby on określić realny czas wyprodukowania tramwajów będących przedmiotem zamówienia, biegły nie jest też w stanie uzyskać ich we własnym zakresie; zależy to bowiem działania producenta w przyszłości, a tego biegły nie jest w stanie określić (tak też wyrok KIO 2095/18), można by wręcz twierdzić, że tezy dowodowe Odwołującego są na tyle ogólnie wskazane, że sprowadzają się do tego, że biegły miałby niejako zastąpić (a nawet Wysoką Izbę) i wydać opinię co do większości zarzutów przywołanych przez Odwołującego; takie podejście stanowiłoby zaprzeczenie instytucji dowodu z opinii biegłego; jej celem jest przecież ustalenie bardzo konkretnych kwestii wymagające wiadomości specjalnych, wobec braku inicjatywy dowodowej Odwołującego, zgodnie z orzecnictwem Izby za niezasadne uznać należy zastępowanie obowiązku stron w zakresie przedstawiania dowodów na potwierdzenie stawianych twierdzeń, dowodem z opinii biegłego (podobnie w wyroku KIO 1730/15),
- b) dowód przywołany został wyłącznie dla zwłoki i jedynie w związku z brakiem inicjatywy dowodowej Odwołującego (fragment z wyroku KIO 1730/15: Za niezasadne uznać należy zastępowanie obowiązku stron w zakresie przedstawiania dowodów na potwierdzenie stawianych twierdzeń, dowodem z opinii biegłego; biegły nie może zastępować strony w obowiązku udowadniania faktów, z których ona wywodzi skutki prawne);

Zamawiający wniósł ponadto o oddalenie wniosku Odwołującego o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych” DNZ/58/2016. Zamawiający podał następujące argumenty za oddaleniem (odmową przeprowadzenia):

a) Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, na jaką okoliczność Zamawiający miałby przedstawić al(b) dotyczące innego, unieważnionego postępowania,

b) nawet jeżeli przyjąć inaczej, to okoliczności faktyczne odnoszące się do poprzedniego postępowania, na które powołuje się Odwołujący w treści odwołania nie są przedmiotem sporu (np. fakt prowadzenia postępowania i jego unieważnienia lub fakt istniejących różnic pomiędzy cenami oferowanymi w unieważnionym postępowaniu i w obecnym).

Zamawiający wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do zarzutu 1 dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Hyundai w zakresie dotyczącym sposobu wykonania przedmiotu zamówienia przez Hyundai, Zamawiający wskazał co następuje.

Odwołujący jako podstawę zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Hyundai z treścią SIWZ wskazał terminy dostaw i wielkość zamówienia. Zamawiający zauważył, że formułując zarzut braku posiadania przez Hyundai bazy niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia, Odwołujący nie wykazał, że Hyundai takiej bazy nie posiada. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie postawił, i nie mógł postawić, wymogu realizacji zamówienia (produkcji tramwajów) na terenie Polski.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego w zakresie różnych czynności, w tym organizacyjnych, niezbędnych do zaplanowania procesu produkcji tramwajów, w tym różnych problemów, które mogą w tym procesie wystąpić, jak np. pozyskanie specjalistów w krajach trzecich, Zamawiający zwrócił uwagę, że po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że składając ofertę Hyundai nie wziął pod uwagę tych wszystkich okoliczności, a po drugie, nie wykazał, że problemy, na które wskazuje Odwołujący, dotyczą również Hyundai. Zamawiający nie miał więc podstaw do uznania, że ewentualne

problemy występujące w danej branży dotyczą w równym stopniu podmiotów działających w różnych krajach i na tej podstawie żądać wyjaśnień od Hyundai.

Zamawiający zwrócił uwagę, że ze złożonej przez Hyundai oferty wynika, że:

- 1) Hyundai powołał się na własne doświadczenie, tj. dostawę 38 tramwajów do Izmiru (Turcja), co wynika ze złożonych przez Hyundai JEDZ oraz referencji,
- 2) Hyundai ma zamiar zrealizować zamówienie samodzielnie, bez udziału podwykonawców, co wynika z oferty Hyundai (oświadczenia w formularzu oferty) oraz złożonego przez Hyundai JEDZ, a więc wynika, że to Hyundai będzie dostawcą oferowanych tramwajów,
- 3) producentem tramwajów będzie Hyundai Rotem Company z siedzibą w Republice Korei, co wynika ze złożonego dla tego podmiotu certyfikatu IRIS, wymaganego przez Zamawiającego dla producenta tramwajów,
- 4) udział w przedmiocie dostawy towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE przekracza 50%.

Powyższe tworzy w ocenie Zamawiającego spójną koncepcję realizacji zamówienia, która nie wymagała w ocenie Zamawiającego skorzystania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający podkreślił, że byłoby inaczej jedynie w sytuacji, kiedy Zamawiający na podstawie analizy treści oferty Hyundai stwierdziłby, że pewne kwestie wymagają wyjaśnienia (są niejasne, niespójne itp.). Tymczasem, skoro oferta Hyundai była dla Zamawiającego jasna i nie budziła jego wątpliwości w kwestii jej interpretacji to zupełnie niezrozumiałym jest czynienie Zamawiającemu zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie przewidzianym art. 87 ust. 1 Pzp (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 lipca 2018 r., sygn. KIO 1412/18).

Ponadto, w ocenie Zamawiającego wątpliwości, o których mowa nie powinny zaistnieć także w kontekście okoliczności przywoływanej przez Odwołującego tj. bazy technicznej (zaplecza) niezbędnej do realizacji zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał rozpoznania rynku, w wyniku którego ustalił jakie zamówienia w latach 2007-2019 zrealizował Hyundai.

Analizując produkowane przez Hyundai ilości pojazdów, nawet jeśli nie były to tramwaje, można zdaniem Zamawiającego jednoznacznie uznać, że podmiot ten posiada duże moce produkcyjne oraz dobrze zorganizowane zaplecze produkcyjne, a tym samym będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że o bardzo krótkim terminie realizacji przedmiotowego zamówienia świadczy choćby fakt, że spośród 5 wykonawców (Stadler, Hyundai, Pesa, Alstom i Skoda), którzy złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym na dostawę tramwajów (oznaczonym DNZ/58/2016 i ostatecznie unieważnionym w sierpniu 2018 r.), będących również przedmiotem obecnie prowadzonego postępowania, w powtórzonym postępowaniu (którego dotyczy odwołanie) oferty złożyło tylko 3 Wykonawców, przy czym tylko w ofertach złożonych przez Hyundai i Pesa zadeklarowano wykonanie dostaw tramwajów w terminach określonych w SIWZ, Zamawiający podniósł, że:

- 1) Odwołujący nie wykazał, że przyczyną niezłożenia oferty przez firmę Skoda Transportation as. był termin realizacji zamówienia; Skoda nie kwestionowała w żaden sposób terminów realizacji zamówienia wskazanych w SIWZ - pomimo tego, że zwracała się do Zamawiającego o wyjaśnienie i zmiany treści SIWZ, nie złożyła jakiegokolwiek wniosku o wyjaśnienie bądź też zmianę postanowień SIWZ dotyczących terminów realizacji zamówienia; tym samym, w ocenie Zamawiającego, należy uznać, że wniosek Odwołującego w tym zakresie jest nieuzasadniony,
- 2) Wykonawcy występujący wspólnie Stadler Polska Sp. z o.o. i Solaris Bus Sp. z o.o., co bezsporne, złożyli ofertę, w której zadeklarowali realizację zamówienia w innych terminach niż wymagał w SIWZ Zamawiający, ale co istotne, wydłużyli terminy realizacji dostaw pierwszych tramwajów, akceptując przy tym termin końcowy realizacji zamówienia (wszystkich oferowanych typów tramwajów) — tym samym zadeklarowali realizację całego zamówienia w okresie krótszym o 4 miesiące niż wymagał Zamawiający; warto przy tym nadmienić, że terminy dostaw pierwszych tramwajów nie uległy zmianie w stosunku do przeprowadzonego (i unieważnionego) postępowania DNZ/58/2018 i zostały zaakceptowane przez konsorcjum Stadler i Solaris w postępowaniu oznaczonym DNZ/58/2016,
- 3) Alstom wskazał co prawda na krótkie terminy realizacji zamówienia, ale jako najważniejszą przyczynę niezłożenia oferty wskazał budżet Zamawiającego.

Odpowiadając na zarzut Odwołującego o zbyt krótkim terminie realizacji przedmiotowego zamówienia, Zamawiający wskazał, że w postępowaniach na dostawę tramwajów prowadzonych przez Zamawiającego w latach 2013-2014, średni czas na dostarczenie pierwszego tramwaju (o podobnym stopniu skomplikowania) wynosił 16 miesięcy. Termin dostawy pierwszego tramwaju, zarówno w pierwszym postępowaniu (DNZ/58/2016), jak i drugim, którego dotyczy odwołanie, został wydłużony do 22 miesięcy. Zamawiający wskazał taki termin jako pozwalający na zaprojektowanie i wyprodukowanie tramwaju o wymaganych parametrach i odpowiedniej jakości. W porównaniu do poprzedniego, unieważnionego postępowania Zamawiający wyjaśnił, że skrócił jedynie ostateczny termin dostaw tramwajów w zamówieniu podstawowym z 45 do 42 i do 10 miesięcy w opcji, co związane jest m.in. z koniecznością rozliczenia dofinansowania ze środków UE. Zmiana nie powinna jednak skutkować problemami z realizacją zamówienia we wskazanym terminie, gdyż w sytuacji gdy linia produkcyjna tramwajów będzie już uruchomiona, Wykonawca powinien

dążyć do zoptymalizowania całego produkcyjnego, co w efekcie powinno się przełożyć na możliwość szybszego (w krótszym czasie) dostarczenia tramwajów Zamawiającemu. Powyższe potwierdza choćby konsorcjum Stadler i Solaris. W pierwszym, unieważnionym postępowaniu Zamawiający przewidywał rozłożenie w dłuższym czasie dostaw tramwajów z uwagi na własne ograniczenia organizacyjne w odbiorze określonej liczby tramwajów w danym przedziale czasowym. Aktualnie, skrócenie dostawy tramwajów do 42 miesięcy, będzie właśnie od Zamawiającego wymagało odpowiedniego zorganizowania pracy, aby możliwe było odebranie tramwajów w krótszym czasie. W tym projekt dostaw zakłada zwiększenie zasobów ludzkich w zespole wykonującym odbiór techniczny nowych tramwajów. Zatrudnienie nowych pracowników nastąpi odpowiednio wcześniej, aby do czasu rozpoczęcia odbiorów Zamawiający dysponował wykwalifikowaną kadrą.

Ponadto Zamawiający podniósł, iż zarzut zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Hyundai w zakresie dotyczącym sposobu wykonania przedmiotu zamówienia przez Hyundai nie został poparty przez Odwołującego żadnymi środkami dowodowymi. Tymczasem, jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, „wyłączne oświadczenia strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strony winne są bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń. Odnosząc się do treści art. 6 k.c., w zw. a art. 14 Pzp statuującego ciężar udowodnienia faktu, podkreślić należy, że powyższe należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale także jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności” (tak wyrok z dnia 3 grudnia 2018 r. KIO 2352/18). Zdaniem Zamawiającego niewystraszające jest wskazanie w odwołaniu luźnej myśli, czy też własnych podejrzeń, ale konieczne jest także udowodnienie zarzutów (podobnie wyrok z dnia 30 sierpnia 2018 r. KIO 1614/18).

Zamawiający wskazał też, że jego zdaniem nie powinien badać zgodności treści oferty z SIWZ na podstawie innych niż oferta i SIWZ okoliczności. Co więcej, powinien w tym zakresie wręcz przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Dopiero zidentyfikowanie ewentualnych niezgodności (na zasadzie: konkretny fragment oferty vs. konkretny fragment SIWZ) może prowadzić do uruchomienia mechanizmu z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który przecież ma na celu usunięcie ewentualnych wątpliwości w zakresie zgodności oferty i SIWZ a nie bliżej niesprecyzowanego fragmentu oferty z bliżej niewykazanymi okolicznościami zewnętrznymi.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że stanowisko Zamawiającego było nieprawidłowe w zakresie braku wezwania do wyjaśnień Hyundai w zakresie dotyczącym sposobu wykonania zamówienia.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez Hyundai ceny za dostawę tramwajów, a w konsekwencji również ceny łącznej zaoferowanej przez Hyundai za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz zaniechania odrzucenia oferty Hyundai z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący, wskazał, że zarzut ten jest ściśle związany z zarzutem nieprawidłowego wyjaśnienia oferty w zakresie koncepcji realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał przy tym na ceny za dostawę tramwajów typu 1, 2 i 3 jako elementy ceny oferty, które w jego ocenie wymagały co najmniej wezwania ze strony Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W ocenie Zamawiającego, zarzut ten jest także bezzasadny.

Zamawiający podniósł, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów realizacji danego przedmiotu zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a tym samym nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających — tak przykładowo wyrok KIO 931/18 KIO 935/18.

Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do kwestionowania zaoferowanej przez Hyundai ceny oferty, bowiem cena nie odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia Zamawiającego, która została wyliczona z należytą starannością.

Zamawiający podniósł przy tym, że w ramach analizy rynku szczegółowo przeanalizował ceny tramwajów z ofert, które zostały złożone w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w latach 2009-2014, jak również wykonał rozeznanie rynku w zakresie cen tramwajów o zbliżonej budowie i parametrach eksploatacyjnych, oferowanych w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających.

Do określenia cen szacunkowych poszczególnych typów tramwajów Zamawiający wykorzystał następujące dane:

a) ceny tramwajów zaoferowane w postępowaniach przeprowadzonych przez Zamawiającego w latach 2009-2014: zobrazowane w tabeli 1 na stronie 8 odpowiedzi na odwołanie.

b) ceny tramwajów zaoferowane w postępowaniach przeprowadzonych przez innych Zamawiających w okresie 3

lat: zobrazowane w tabeli 2 na stronie 8 odpowiedzi na odwołanie.

c) ceny zaoferowane w postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego w roku 2017 na te same tramwaje, które są przedmiotem obecnie prowadzonego postępowania (dwóch ofert mieszczących się w budżecie Zamawiającego): zobrazowane w tabeli 3 na stronie 8 odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wyjaśnił, że dane zawarte w Tabeli 1 dotyczą tramwajów, które mają długość do tramwajów obecnie zamawianych, jednak cechuje je inna konstrukcja niż wymagana tj. konstrukcja wyposażona w 3, a nie w 4 wózki. Dane zawarte w Tabeli 2 dotyczą różnych konstrukcji tramwajów, w tym konstrukcji o podobnej długości, wyposażonej w 4 wózki (pozycje 2, 3, 4, 5). Dane zawarte w Tabeli 3 dotyczą konstrukcji wymaganych postanowieniami SIWZ. Przyjmując dane z Tabeli 1 i Tabeli 2 i uwzględniając wzrost ceny spowodowany odmiennością budowy tramwajów, Zamawiający do oszacowania wartości zamówienia przyjął ceny tramwajów dla typu 1: 9 611 958 zł brutto za tramwaj, dla typu 2: 8 764 365 zł brutto za tramwaj, dla typu 3: 7 995 000 zł brutto za tramwaj, co pokazuje tabela 4 na str. 9.

Dla ukształtowania ceny oferty, a tym samym ceny jednostkowej poszczególnych typów tramwajów nie bez znaczenia jest również efekt tzw. „skali”. Mając na uwadze liczbę zamawianych obecnie tramwajów, porównywalne jest jedynie zamówienie na dostawę 186 tramwajów (udzielone przez Zamawiającego w 2009 r.). Natomiast efekt „skali” pozwala na oferowanie tramwajów w korzystniejszych cenach, chociażby z powodu rozłożenia kosztów projektu na większą liczbę tramwajów i korzystniejszych warunków zakupu materiałów. Dobrym przykładem, który obrazuje efekt „skali” jest zakup przez Zamawiającego 45 i 5 tramwajów typu Jazz. Koszt tramwaju przy zakupie mniejszej liczby tramwajów był 0 2,4% większy, a przecież Wykonawca nie ponosił przy dostawie (i produkcji) 5 sztuk tramwajów kosztów zaprojektowania, jak miało to miejsce przy dostawie 45 tramwajów.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Zamawiający, choć zamawia 3 typy tramwajów, to wymaga, aby wszystkie typy tramwajów były możliwie zunifikowane, zarówno pod względem budowy, jak i wyposażenia. Jedyne różnice dotyczą długości tramwajów, której maksymalna wartość jest określona w SIWZ i wynikać powinna z liczby zastosowanych członów tramwaju. Powyższe powoduje, że wszystkie 3 zamawiane typy tramwajów mogą być produkowane na jednej linii produkcyjnej, co powinno wpłynąć na przyspieszenie procesu produkcyjnego i jednocześnie obniżenie kosztów tej produkcji.

Zamawiający uznał, że skoro zaoferowana cena całkowita nie jest niższa od ustalonej przez ustawodawcę granicy 30%, zarówno od szacunku Zamawiającego powiększonego o należy podatek, jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w niniejszym postępowaniu, a także nie budzi innych wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, to Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Hyundai do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie czy jest ona rażąco niska. Wyliczenia w tym zakresie obrazuje Tabela 5 na str. 9 odpowiedzi na odwołanie.

Ponadto Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2418/16, KIO 2425/16), która w tym zakresie podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie sądów, dyspozycja przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie miał zasadnych podstaw do wezwania Hyundai do wyjaśnień, bowiem jego oferta jest spójna i wbrew twierdzeniom nie budzi uzasadnionych wątpliwości co do koncepcji realizacji zamówienia, a co za tym idzie wysokości zaproponowanej ceny, w tym ceny tramwajów. Podobnie w wyrokach 2155/17 i 1742/18.

Orzecznictwo KIO wyraźnie rozróżnia w tym kontekście sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach ustawy Pzp (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, to tyle w tym drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy do wyłącznej kompetencji Zamawiającego.

Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego Zamawiający wskazał, że zarzut Odwołującego oparty o zaniechanie dokonania czynności, co do której Zamawiający w ogóle nie był zobowiązany, nie zasługuje na uwzględnienie już tylko z przyczyn formalnych.

Z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający wskazał, że to uprawnienie Zamawiającego mogłoby przekształcić się w obowiązek dopiero w przypadku zaistnienia u Zamawiającego (nie u Odwołującego) wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie (innymi słowy: określonych i konkretnych podejrzeń). Wprawdzie przepisy Pzp nie mówią o tym wprost jednak w tym przypadku należałoby odnieść się do art. 84 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE stanowiącego pierwowzór dla art. 90 ustawy Pzp w kontekście Ew. zamówień sektorowych (a także pomocniczo do art. 69 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zawierającego analogiczny mechanizm dla Ew. zamówień klasycznych). Przywołane przepisy unijne mówią bowiem już wprost o tym, że warunkiem dla skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są zatem występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego.

Idąc z kolei tokiem rozumowania Odwołującego i doprowadzając jego twierdzenia do skrajności zupełnie niepotrzebnym byłby art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, bo w zasadzie w każdym przypadku wykonawcy powinni (niezależnie od

okoliczności faktycznych danego postępowania) od razu być wzywani do przedstawienia wyjaśnień oraz dowodów — na wzór wyjaśnień z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp dot. powiązań kapitałowych wykonawców, co byłoby absurdem. W każdej bowiem sytuacji wątpliwości co do zaoferowanej przez nich ceny czysto teoretycznie mogłyby się pojawić, jeżeli nie u zamawiającego to u ich bezpośredniego konkurenta czego najlepszą ilustrację stanowi niniejsze postępowanie odwoławcze. Mówiąc innymi słowami, to nie Zamawiający ma wątpliwości co do zaoferowanej mu przez Hyundai a wątpliwości te (bliżej niesprecyzowane, a już na pewno w żaden sposób niewykazane) posiada wyłącznie Odwołujący, co z uwagi na realia rywalizacji rynkowej obydwu wykonawców wydaje się uzasadnione. Nie jest jednak uzasadnionym, aby tego typu wątpliwości „przerzucać” na Zamawiającego i wymagać od niego, aby z przysługujących mu uprawnień wyłącznie w usunięcia wątpliwości ubiegających się o zamówienie, które w przeciwieństwie do Zamawiającego nie są związane zasadą bezstronności i obiektywizmu.

Tym samym, skoro podstawą do wniesienia odwołania do KO może być jedynie zarzut zaniechania działania, do którego Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z ustawą Pzp, to nie może być podstawą do odwołania nieskorzystanie z uprawnienia. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO, przykładowo wyrok z dnia 7 lipca 2017 r. KIO 1294/17: Izba zauważa też, iż, jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (Pzp) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Czynności Izby są więc czynnościami o charakterze kontrolnym pod względem zgodności z przepisami prawa.

Jednocześnie wskazać należy, że w sytuacji, gdy Odwołujący podnosi, iż wybrany Wykonawca zaproponował rażąco niską cenę, to mimo ustalonej zasady, że to na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu wykazania sposobu wyliczenia ceny, to przy tak sformułowanym zarzucie to Odwołujący ma obowiązek wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (podobnie wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania lub Zamawiającego ciężar dowodu.

Zarzut odwołania dotyczący rażąco niskiej ceny został oparty wyłącznie na twierdzeniach ogólnej natury, które ponadto nie zostały poparte żadnymi wyliczeniami, ani tym bardziej dowodami. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja nie odnosi się do żadnych konkretnych elementów składowych ceny. Jedynym elementem, na który wskazuje Odwołujący jako mogący mieć wpływ na wzrost ceny tramwaju, a który rzekomo nie został uwzględniony w ofercie Hyundai, jest konieczność zapewnienia w systemach zainstalowanych w tramwajach poziomu nienaruszalności bezpieczeństwa (SIL) na poziomie 2.

W tym miejscu Zamawiający wskazał, że zgodnie z SIWZ tramwaje muszą posiadać poziom 2 lub 1 nienaruszalności bezpieczeństwa (SIL) systemów sterowania i systemu diagnostyki (w zależności od znaczenia poziomu bezpieczeństwa danego systemu). Co do zasady związane jest to z:

a) zastosowaniem w systemach sterowników, których architektura sprzętowa spełniać będzie przedmiotowe wymaganie,

b) przeprowadzeniem certyfikacji systemów (hardware + software) przez niezależną jednostkę (np. TÜV).

W odniesieniu do kosztów wprowadzenia wymaganego poziomu nienaruszalności bezpieczeństwa tramwajów, pierwsza pozycja (lit. a) związana jest przede wszystkim z kosztami sterowników w poszczególnych tramwajach i wiąże się ewentualnie z niewielkim podniesieniem ceny tramwajów (sterowniki spełniające postawione wymagania mogą być droższe od wykonania standardowego o ok. 30%, jednak w cenie tramwaju cena sterowników to jedynie ok. 1% jego wartości).

Dodatkowo należy podnieść, że wielu poddostawców projektuje swoje systemy wykorzystując już w standardzie warstwę sprzętową zapewniającą wymagany zapisami SIWZ poziom nienaruszalności bezpieczeństwa (SIL), a treść oferty Hyundai nie wskazuje inaczej. Tym samym, Zamawiający miał pełne podstawy do przyjęcia, że oferta Hyundai także w poprzednim postępowaniu obejmowała koszt SIL, a skoro tak, to nie można obecnie mówić o jakiegokolwiek zmianie w tym zakresie.

W przypadku pozycji drugiej (lit. b) koszty zastosowania systemu SIL związane są z certyfikacją tego systemu i są to koszty jednorazowe, proporcjonalnie rozłożone na wszystkie tramwaje danego typu. W tym przypadku efekt „skali” powoduje, że koszt ten nie powinien znacząco wpłynąć na cenę tramwajów.

Odwołujący wskazał, iż według jego wyliczeń cena tramwajów powinna być wyższa o ok. 200 000,00 zł na jeden pojazd, co stanowi odpowiednio ok. 2,08% wartości tramwaju dwukierunkowego długiego, ok. 2,28% wartości tramwaju jednokierunkowego długiego i ok. 2,5% wartości tramwaju jednokierunkowego krótkiego. Mając na względzie ww. koszty wykazane przez Zamawiającego, wzrost nie znajduje potwierdzenia. Odwołujący nie wykazał jakie konkretnie koszty powstają po stronie Wykonawcy, jakich systemów dotyczą i czy związane są ze sprzętem, oprogramowaniem czy też certyfikacją. Bez podania tych szczegółowych danych, tj. wykazania środków dowodowych na okoliczność określenia prezentowanej liczby, nie można nawet szacować, czy cena oferty Hyundai powinna być wyższa czy niższa od oferty złożonej w poprzednim postępowaniu.

Zastrzeżenia Zamawiającego budzi również założenie Odwołującego, że kwoty dla tramwaju jednokierunkowego i dwukierunkowego, jak również i dla tramwaju długiego i krótkiego, powinny być jednakowe. Oczywistym jest, że koszt ten powinien być różny dla każdego typu tramwaju, chociażby z powodu zastosowanych różnej wielkości systemów.

Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ma na celu rozstrzygnięcie pomiędzy stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to odwołujący kwestionuje podjęte przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu przetargowym, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy Pzp to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że zamawiającego jest nieprawidłowe tak KO 1548/18.

W Zamawiającego cena oferty, jaką złożył w Postępowaniu Hyundai, nie ma znamion rażąco niskiej zarówno w zakresie elementów składowych wskazanych przez Odwołującego, g. ceny tramwajów typu 1, 2 i 3, jak i całej oferty, a zatem wezwanie do wyjaśnienia ceny w tych okolicznościach było zbędne.

W kontekście powyższego warto zwrócić uwagę, że Odwołujący w ramach tego samego odwołania stawia jednocześnie zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Hyundai do przedłożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny a jednocześnie od razu zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia tej oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Powyższe wskazuje na pewien brak logiki.

Zgodnie bowiem z ugruntowanym poglądem funkcjonującym w orzecznictwie i doktrynie unijnego prawa zamówień publicznych, niedopuszczalne jest odrzucenie oferty uznanej za rażąco niską bez umożliwienia wykonawcy wykazania, że jest ona rzetelna. Obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień ma w tym przypadku zapobiegać przypadkom dyskryminacji państw członkowskich i wykonawców, którzy mogą zaoferować niższe koszty wykonania zamówienia, lub przypadkom, w których pomimo zaistnienia uzasadnionych podejrzeń instytucja zamawiająca nie podjęła działań zmierzających do wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości (S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 803).

Tym samym, w każdym przypadku zarzucanie Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest obecnie przedwczesne. Stawianie przez zarzutu na obecnym etapie świadczy zatem jedynie o próbie mnożenia niejako „na siłę” zarzutów w oderwaniu od jakichkolwiek przesłanek faktycznych lub prawnych uzasadniających działania Zamawiającego.

Co więcej, o przedwczesnym charakterze stawianego zarzutu co do odrzucenia oferty Hyundai świadczy tym bardziej fakt, że ewentualne wezwanie do wyjaśnień wcale nie musi mieć charakteru jednorazowego. Zarówno bowiem z przepisów dyrektyw unijnych, jak i z orzecznictwa TSUE (por. wyr. TSUE z 21.11.2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 oraz C-286/99, *Legalis*, pkt 63 i 64) wprost wynika, że zamawiający jest jak najbardziej uprawniony (a nawet wręcz zobowiązany w określonych przypadkach), aby oceny ewentualnych wyjaśnień wykonawcy dokonać w drodze konsultacji, co z kolei wskazuje na prawo do wielokrotnego wzywania wykonawcy w tym zakresie. Tryb konsultacji ma bowiem na celu zapewnienie, że ustalenia czy oferta jest faktycznie rażąco niska, a w efekcie nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia, zostaną dokonane w sposób wyczerpujący i kompleksowy.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Hyundai z Postępowania, pomimo faktu, że Hyundai winien jest poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważającego jego uczciwość oraz zaniechania wykluczenia Hyundai z Postępowania, pomimo faktu, iż Hyundai — w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, ewentualnie zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2, poprzez zatajenie przez Hyundai informacji w zakresie zawinonego poważnego naruszenia przez Hyundai obowiązków zawodowych i nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Hyundai, która skutkowałą zasądzeniem odszkodowania, przy realizacji kontraktu ukraińskiego, Zamawiający wskazał co następuje.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Hyundai na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w wz. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „pomimo faktu, iż względem Hyundai spełniły się przesłanki wykluczenia (...) podważające jego uczciwość, polegające na nienależytym wykonaniu zamówienia na dostawę 10 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla Kolei Ukraińskich.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający ma możliwość zastosowania fakultatywnej podstawy wykluczenia w sytuacji wypełnienia obowiązku, zawartego w art. 24 ust. 6 ustawy Pzp, który wskazuje na konieczność jej zamieszczenia już w SIWZ co faktycznie miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Jednakże, aby Zamawiający mógł zastosować wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, musiałoby nastąpić łączne spełnienie przesłanek określonych przez ustawodawcę w tym przepisie, tj. konieczne jest stwierdzenie, iż dany wykonawca naruszył obowiązki zawodowe, nastąpiło to z jego winy, ma to charakter poważny i w konsekwencji podważa to jego uczciwość. Jak wskazał ustawodawca w treści ww. unormowania, w szczególności ma to miejsce w przypadku, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Powyższe zamawiający musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Wobec powyższych wymagań stawianych przez ustawodawcę nie sposób Zamawiającemu zarzucić nieprawidłowego działania w sytuacji, gdy nie dysponował żadnymi informacjami, a tym bardziej środkami dowodowymi na

poparcie twierdzenia Odwołującego. Jednocześnie sam Odwołujący czerpie wiedzę na temat rzekomych problemów z realizacją kontraktu Hyundai na Ukrainie, jak wynika z odwołania, jedynie z informacji prasowych. Tymczasem prasowe o pociągach na Ukrainie nie mogą stanowić wiarygodnej podstawy dla Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy. Jak podkreśla KO „Niedopuszczalne jest bowiem jakiejkolwiek automatyczne działanie oparte jedynie na powzięciu informacji, iż doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę” (wyrok z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt KO 2335/16).

W związku z postawionym zarzutem Zamawiający, w celu rzetelnego sprawdzenia wszelkich wątpliwości związanych z toczącym się Postępowaniem, w dniu 20 lutego 2019 r. (pismem L.Dz.615.2019) wezwał Hyundai do informacji dotyczących realizacji umowy dla Kolei Ukraińskich (pismo stanowi załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie). W dniu 26 lutego 2019 r. Hyundai złożył wyjaśnienia (stanowiące załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie), z których wynika m. in. że:

1)stroną umowy z Kolejami Ukraińskimi na dostawę 10 Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych (EZT) była firma Hyundai Corporation, natomiast firma Hyundai Rotem Company była jedynie podwykonawcą w tym kontrakcie,

2)umowa o podwykonawstwo została przez Hyundai Rotem Company wykonana należycie, na dowód czego Hyundai przedłożył „świadcstwo wykonania” wystawione w dniu 9 listopada 2016 r. przez Ukraińskie Koleje Dużych Prędkości,

3)wobec Hyundai Rotem Company nie toczyły się jakiejkolwiek cywilne, administracyjne czy też karne postępowania, których celem było nałożenie sankcji z tytułu wykonywania umowy o podwykonawstwo, nie zostały nałożone także jakiejkolwiek sankcje finansowe. W szczególności postępowanie karne prowadzone przez Prokuratora Generalnego, które Odwołujący przywołuje w treści odwołania (str. 31), nie toczyło się przeciwko Hyundai, ani jakimkolwiek podmiotowi powiązanemu z tym wykonawcą.

Powyższe wyjaśnienia Hyundai oraz w szczególności załączone „świadcstwo wykonania” potwierdzają, że zamówienie zostało wykonane należycie, nie ma więc podstaw do jakichkolwiek rozważań o „poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych” i nawet jeżeli w toku realizacji umowy wystąpiły, jak pisze Hyundai „mniej istotne nieprawidłowości”, nie mogą być one utożsamiane z takim naruszeniem. Zgodnie z powołanym przez Odwołującego wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r. o sygn. C- 465/11 pojęcie "poważnego naruszenia obowiązków zawodowych" zostało zdefiniowane w ten że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony" i dalej czego nie cytuję Odwołujący Trybunał wskazuje: „Tym samym jakiejkolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać kompetencje zawodowe danego wykonawcy, ale nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto dowiedzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej iindywidualizowanej oceny danego wykonawcy.”

Także Dyrektywa 2014/24/UE w motywie 101 preambuły wskazuje na konieczność zachowania przez zamawiających daleko posuniętej ostrożności przy stosowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia, którą pozostaje m. in. „poważne naruszenia obowiązków zawodowych”. Prawodawca unijny wprost nakazuje, aby zamawiający zwracali w tym kontekście szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, tak aby ewentualne wykluczenie wykonawcy miało miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach i jako takie nie może być skutkiem drobnych nieprawidłowości.

Takie również prezentuje KIO. „Użyte w ustawie Pzp pojęcie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oznacza zatem, iż zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania nie uzasadnia stwierdzenie popełnienia przez wykonawcę drobnych uchybień, świadczących o niskich kompetencjach zawodowych. Instytucja unormowana w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie narządza do wykluczania wykonawców tylko z tego powodu, że mają oni zbyt niskie kompetencje zawodowe do wykonania danego zamówienia (temu celowi służy określanie przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu). Naruszenie obowiązków zawodowych ma być poważne i zawinione, a także - na co wskazuje obecna regulacja art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp - ma to być tego rodzaju naruszenie, które podważa uczciwość wykonawcy. Istotą i celem omawianej regulacji jest zatem umożliwienie zamawiającym wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy swoim wcześniejszym postępowaniem nie dają gwarancji uczciwego i rzetelnego zachowania przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego (wyrok z dnia 19 marca 2018 r., sygn. akt KIO 429/18).

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że dostawy EZT odbywały się od maja 2012 r. do września 2012 r., a po tym okresie Wykonawca do maja 2015 r. świadczył obowiązki gwarancyjne. Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 5 pkt 2 wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zatem w niniejszej sprawie, z uwagi na brak zasądzenia odszkodowania oraz nierozwiązania umowy z Hyundai oraz mając na uwadze czasokres świadczenia usług na Ukrainie nie można czynić zarzutu wobec Hyundai, że nie wykazał powyższych okoliczności w toku Postępowania o zamówienie. Tym samy brak było do wykluczenia Wykonawcy.

Jeżeli nawet z daleko posuniętej ostrożności przyjąć, iż istniało naruszenie obowiązków zawodowych pomimo braku zasądzenia odszkodowania lub rozwiązania umowy, to okres 3 lat należy liczyć od zaistnienia zdarzenia, jakim będzie działanie lub zaniechanie działania przez Wykonawcę - wówczas od czasu dostarczenia EZT przez Hyundai 3 lata upłynęły już przed wszczęciem Postępowania, zatem Zamawiający prawidłowo postąpił, nie wykluczając Wykonawcy na

wskazanej podstawie.

Zamawiający wskazał ponadto, że z uwagi na to, że w żaden sposób nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zupełnie bezpodstawne się zarzuty podania nieprawdziwych informacji z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych przez Hyundai na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w postaci braku zaległości Hyundai z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, Zamawiający wskazał, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega m.in. wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, tj. wykonawca, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, chyba że Wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z tytułu ww. przesłanki Hyundai przedstawił oświadczenie złożone przed notariuszem i 8 zaświadczeń, z których 3 zostały przez Odwołującego.

Nim Zamawiający odniesie się w sposób bardziej szczegółowy do każdego z zagranicznych dokumentów Hyundai zakwestionowanych przez Odwołującego warto na wstępie wskazać na dwie istotne okoliczności o charakterze ogólnym, które należy wziąć pod uwagę przy rozpoznawaniu tej grupy zarzutów Odwołującego.

Po pierwsze, należy wskazać, że zasada iura novit curia znajduje ograniczone zastosowanie w przypadku postępowań spornych uwzględniających element prawa obcego. Z uwagi na powyższe, a także biorąc pod uwagę, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter postępowania kontradiktoryjnego, z założenia uwzględniającym postulat i koncentracji materiału dowodowego — zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Tym samym, jeżeli zaświadczenia przedłożone przez Hyundai pozostają w ocenie Odwołującego nieprawidłowe, to powinien on wykazać się stosowną inicjatywą dowodową, a nie poprzestać na samym ich zakwestionowaniu. Już w zasadzie tylko z powodu braku jakiegokolwiek aktywności Odwołującego jego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Po drugie, należy pamiętać, że zgodnie z ugruntowanym wielu lat prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m. in. wyrok KIO z 18 grudnia 2012 r., sygn. 2664/12) - zamawiający nie może podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy (także w odniesieniu do oceny dokumentów zagranicznych mających wykazać brak zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy) nie mając absolutnej (innymi słowy: niekwestionowanej, pełnej) pewności co do powyższego. Tym samym, nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co do słuszności decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Gdyby bowiem takie wątpliwości istniały, to zgodnie z funkcjonującą odpowiednio na gruncie ustawy Pzp zasadą in dubio pro reo należałoby je rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy.

W tym miejscu warto podkreślić, że zarzuty Odwołującego odnoszące się do dokumentów zagranicznych przedłożonych przez Hyundai mają li tylko charakter właśnie jego niczym nieopartych (o czym była mowa powyżej) wątpliwości do prawidłowości tych zaświadczeń. Same wątpliwości nie powinny stanowić wystarczającej podstawy dla uwzględnienia odwołania, ponieważ te (na co wprost wskazuje przywołana powyżej zasada) w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie mogą doprowadzić do wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy Hyundai.

Przechodząc do analizy kolejnych zaświadczeń będących przedmiotem sporu - w ocenie Odwołującego „Zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków — z uwagi na zawartą w nim treść „z pominięciem należności, wobec powierników w myśl Art. 3 pkt 2 Ustawy o podatku VAT nie występują żadne inne odroczone należności podatkowe w formie fizycznej” — wskazuje, że Hyundai posiada nieopłacone „należności” wobec powierników w rozumieniu przepisów o VAT.

Zamawiający podnosi, że w „Zaświadczeniu o niezaleganiu z opłacaniem podatków”, wydanym przez właściwy urząd skarbowy, w części tabelarycznej wprost wskazano, że: w odniesieniu do odroczenia opodatkowania, lub odroczenia ściągnięcia zaległych podatków — brak jest wpisów; w odniesieniu do odroczenia opodatkowania, lub odroczenia ściągnięcia zaległych podatków w formie fizycznej wobec powierników — brak jest wpisów.

Zaświadczenie to wskazuje więc po że na dzień wydania zaświadczenia nie ma odroczeń ani zaległości (co jest kluczowe dla wykazania braku zaistnienia przesłanki wykluczenia wskazanej w SIWZ).

Po drugie, że z pominięciem (za wyjątkiem) ewentualnych należności wobec powierników w myśl art. 3 pkt 2 Ustawy o podatku VAT (co do których brak jakiegokolwiek wzmianki), nie ma żadnych innych należności podatkowych w formie fizycznej.

W konsekwencji, właściwy rzeczowo i miejscowo organ podatkowy nie wykazał istnienia jakiegokolwiek naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, zatem Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Hyundai do dalszych wyjaśnień.

Zamawiający wymagał zaświadczenia dot. płatności podatków, a zatem należności (zaległości) wobec organów podatkowych, zaś wzmianka, co do której Odwołujący wnosi zarzut: po pierwsze, nie wskazuje, że istnieją zaległości

podatkowe (zaświadczenie w tym zakresie odwołuje się do innych odroczonej należności podatkowych), po drugie, nie wskazuje na istnienie jakichkolwiek odroczonej należności podatkowych wobec organów podatkowych (a jedynie powierników), z czego nie sposób wywodzić naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatkowych.

W konsekwencji, nie tylko Zamawiający nie jest w stanie wykazać naruszenia za pomocą stosownych środków dowodowych, ale wręcz zaświadczenie nie daje jakichkolwiek podstaw do uznania, że występują naruszenia, które miałyby znaczenie z perspektywy warunków określonych w SIWZ i ustawie Pzp.

Odwolujący podnosi w odwołaniu, że również „Zaświadczenie o zapłacie w całości składek ubezpieczenia (społecznego i zdrowotnego)” wskazuje, że Hyundai posiada pewne zaległe składki ubezpieczeniowe czy zaległe należności na rzecz Państwowego Zakładu Ubezpieczeń Zdrowotnych. W ocenie Zamawiającego, brak jest jednak w ww. zaświadczeniu kwot, do jakich zobowiązany byłby Hyundai do zapłaty z tego tytułu. Zatem pomimo, iż poniżej znajduje się zapis „z wyjątkiem powyższych kwot” to fakt, iż powyżej żadne kwoty nie zostały podane, brak jest jakichkolwiek wątpliwości po stronie Zamawiającego, które wymagałyby wezwania Hyundai do wyjaśnień.

Podobną jak wyżej argumentację Odwołujący wskazał w odniesieniu do „Zaświadczenia o zapłacie w całości składek ubezpieczenia pracowniczego i ubezpieczenia wypadków przemysłowych”. W przypadku tego dokumentu stanowisko Zamawiającego jest analogiczne jak w ust. 4 — w wierszu „odroczenie pobierania” nie wskazano żadnych kwot ani okresu odroczenia, a tym samym treść oświadczenia nie wskazuje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, na posiadanie przez Hyundai zaległości wobec Dyrektora Oddziału Zakładu Świadczeń Socjalnych dot. świadczeń socjalnych.

Dodatkowo Hyundai złożył oświadczenie przed notariuszem (w dniu 11 stycznia w 2019 r.), że „w okresie od początku istnienia Spółki (jej rejestracji) do chwili obecnej nie występowały ze strony Spółki zaległości w uiszczaniu podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne”.

W związku z powyższym, w sytuacji, gdy złożone dokumenty nie zawierały braków związanych z ustaleniem spełniania przez Hyundai braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający nie miał powodów do ich wyjaśniania, a tym bardziej podstaw do uznania ich za nieprawidłowe.

Mając na względzie powyższe, zarzut zaniechania wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych przez Hyundai na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w postaci braku zaległości Hyundai z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne jest całkowicie bezzasadny.

W dniu 22 lutego 2019 r. wykonawca Hyundai Rotem Company zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

W piśmie z dnia 4 marca 2019 r. zgłaszający przystąpienie wyraził swoje stanowisko procesowe. Zgłaszający przystąpienie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości w sprawie nie wystąpiła bowiem przesłanka wskazana w art. 192 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp);
2. przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści niniejszego pisma na okoliczności w nich wskazane;
3. oddalenie wniosku Odwołującego o powołanie biegłego z zakresu produkcji maszyn, na okoliczność: istniejących modeli produkcji pojazdów szynowych, czynności składających się na wyprodukowanie pojazdu szynowego w ramach poszczególnych modeli produkcji, minimalnego czasu niezbędnego na wykonanie tych czynności i elementów mogących ulec przyspieszeniu bądź równoległemu wykonaniu, wraz z wpływem powyższego na koszty produkcji pojazdów;
4. Oddalenie wniosku Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych”, znak ref. DNU58/2016.

Przystępujący swoje stanowisko uzasadnił w sposób następujący.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu (pkt 4.1 Odwołania) naruszenie art. 87 ust. 1 PZP w zw. z art. 82 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty HRC w zakresie dotyczącym sposobu wykonania przedmiotu zamówienia przez HRC. W ocenie Przystępującego zarzut ten jest bezzasadny, ponieważ wbrew twierdzeniom Odwołującego w sprawie nie wystąpiły przesłanki obligujące Zamawiającego do podjęcia wskazanej czynności, a nawet przynajmniej ją uzasadniające. Należy bowiem podkreślić, że w świetle art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Odnosząc powyższe do treści odwołania wniesionego przez Odwołującego Przystępujący zwrócił uwagę na — co do zasady — fakultatywny dla zamawiającego („może żądać”), nie zaś obligatoryjny charakter procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp. W niektórych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (dalej też: KIO) pojawia się wręcz pogląd, że na kanwie powołanego przepisu i wyłącznie uprawniającego charakteru wywodzonej z niego normy prawnej, naruszenie art. 87 ust. 1 nie może być podstawą skutecznego zarzutu odwoławczego (por. np. wyroki KIO: z dnia 3 października 2016 roku, sygn. KIO 1694/16, z dnia 19 kwietnia 2013 roku, sygn. KIO 791/13; z dnia 18 lipca 2016 roku, sygn. KIO 1183/16; z

dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. KIO 2308/16; z dnia 29 marca 2018 roku, sygn. KIO 476/18). Pogląd taki można odnaleźć także w orzecznictwie sądów powszechnych (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08).

W większości swoich orzeczeń KIO opowiada się jednak za mniej radykalnym poglądem, że uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (por. np. wyroki KIO: z dnia 13 sierpnia 2009 roku, sygn. KIO/UZP 992/09, z dnia 3 grudnia 2009 roku, sygn. KIO/UZP 1519/09; KIO/UZP 1520/09). Dodatkowo w wyroku z dnia 29 marca 2018 roku (sygn. KIO 476/18) KIO sprecyzowała, że zwrócenie się przez zamawiającego z żądaniem wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego determinowanym treścią ofert. Oznacza to, że zgodnie z powyższym poglądem, który Przystępujący podziela, zamawiający powinien zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty tylko wówczas, gdy to w samej lei treści zawarte zostały postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy nie da się jej jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Powołane przez Odwołującego art. 87 ust. 1 Pzp i art. 82 ust. 3 Pzp, jako zasadnicze podstawy omawianego zarzutu, wymagały wykazania przez Odwołującego niezgodności pomiędzy ofertą złożoną przez FIRC a treścią SIWZ (vide: wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 roku, sygn. KIO 2503/18). Warto wskazać, że przepis art. 87 ust. 1 PZP znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, w której treść oferty nasuwałaby tego rodzaju wątpliwości, że niemożliwym byłoby rozstrzygnięcie co do treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę (vide: wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2018 roku, sygn. akt: KIO 521/18). W Odwołaniu nie wykazano tego rodzaju wątpliwości, co czyni zarzut z pkt 4.1. nieskutecznym i całkowicie bezzasadnym.

Wątpliwości zamawiającego muszą zatem wynikać z samej oferty, a nie z jakichś bliżej niesprecyzowanych okoliczności niezwiązanych z postępowaniem. Zamawiający nie ma przy tym obowiązku śledzić i bezkrytycznie przyjmować jako źródła swoich wątpliwości spekulacji medialnych na temat oferentów — powinien bazować na własnym, rzetelnie dokonanym rozeznaniu okoliczności mających znaczenie dla postępowania oraz na treści przedłożonych mu w ramach postępowania dokumentów.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że zakres żądanych wyjaśnień wykonawcy powinien ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie może natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 sierpnia 2018 roku (sygn. KIO 1625/18), nie można na etapie badania i oceny ofert zmieniać postanowień SIWZ.

Ważne dla oceny zarzutów Odwołującego jest również to, iż przedmiotem kontroli odwoławczej jest legalność działań lub zaniechań Zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów Pzp — nie zaś realizacja uprawnień Zamawiającego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, posiadającym rozeznanie rynkowe i znajomość branży, na której to podstawie samodzielnie — na własne ryzyko i własną odpowiedzialność — ocenia, czy ze swoich uprawnień zamierza skorzystać. W przepisach Pzp brak jest podstawy prawnej do uznania aby wykonawcy, w tym Odwołujący, skutecznie mogli domagać się od Zamawiającego dokonania czynności, do których jest on wyłącznie uprawniony. Temu celowi nie może służyć również postępowanie odwoławcze przed KIO. W rezultacie, tylko w przypadku stwierdzenia, że w okolicznościach danej sprawy — wobec występowania w samej treści oferty postanowień niejasnych, sprzecznych lub gdy nie da się tej treści jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy — zamawiający rzeczywiście powinien był powziąć wątpliwości odnośnie treści oferty, a w konsekwencji wezwać danego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, można skutecznie postawić zamawiającemu zarzut zaniechania tej czynności, jako sprzecznego z przepisami Pzp.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy należy, zdaniem Przystępującego, stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, iż w treści oferty HRC, w świetle postanowień SIWZ, występują braki, nieścisłości lub wątpliwości dotyczące sposobu wykonania zamówienia. Ponadto Odwołujący, pomimo ciężącego na nim na mocy art. 190 ust. 1 Pzp obowiązku, nie powołał na poparcie swoich twierdzeń wiarygodnych dowodów, które mogłyby podważyć prawdziwość złożonych w ofercie HRC oświadczeń w tym zakresie, a nawet wywołać co do nich uzasadnione wątpliwości. Odwołujący nie wykazał też braku spójności dokumentacji przedłożonej przez HRC w Postępowaniu. Ograniczył się jedynie do wyrażania swoich przypuszczeń oraz bezpodstawnego wywodzenia z okoliczności sprawy oraz okoliczności spoza jej zakresu (głównie materiałów medialnych) o faktach, które w ogóle z tych okoliczności nie wynikają. Ponadto, okoliczności, które zdaniem Odwołującego winny podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 pzp, wykraczają poza zakres wynikający z treści złożonej oferty. Dotyczy to zwłaszcza żądania wyjaśnienia czy i gdzie wykonawca posiada gotową bazę techniczną, zorganizowaną i czynną, umożliwiającą realizację zamówienia natychmiast po podpisaniu umowy, a także jednoznaczną koncepcję co do sposobu realizacji zamówienia — taki wymóg nie wynikał z SIWZ. W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że Odwołujący nie wykazał zasadności swoich twierdzeń zarówno pod względem formalnym, jak i materialnym. Czyni to zatem zarzut opisany w pkt 4.1 odwołania całkowicie bezzasadnym.

Odnosząc się, z najdalej posuniętej ostrożności, do merytorycznej treści zarzutów Odwołującego wobec treści oferty HRC, przedstawionych przez niego jako uzasadnienie omawianych w tym miejscu zarzutów wobec czynności Zamawiającego, należy stwierdzić, że z następujących przyczyn są one bezpodstawne:

1. Z treści oferty HRC, uzupełnionej następnie o dokumenty przedłożone przez Przystępującego na wezwanie

Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP (vide: pismo Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2019 roku, DWZ. 261.95.2018.0J Ldz.74.2019), wyraźnie wynika, iż składając ofertę w Postępowaniu HRC miał spójną koncepcję realizacji zamówienia, adekwatną do wymogów SIWZ dla tego etapu postępowania, Przystępujący w ofercie oświadczył, że:

- oferuje samodzielne wykonanie zamówienia określonego w SIWZ (vide: formularz JEDZ Część II
 - zapoznał się z SIWZ, który— wobec złożenia oferty w Postępowaniu —jest dla HRC wiążący (vide: pkt 3 Formularza Ofertowego);
 - sytuacja finansowa FIRC pozwala na realizację zamówienia (vide: pkt 2 Formularza Ofertowego);w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego (vide: pkt 5 Formularza Ofertowego);zrealizuje zamówienie w terminach określonych w SIWZ (vide: pkt 10 Formularza Ofertowego);
- zapoznał się z istotnymi postanowieniami umowy zawartymi w rozdziale III SIWZ i w przypadku wyboru oferty HRC, zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach tam określonych, w miejscu i w terminie tam wyznaczonym przez Zamawiającego (vide: pkt 14 Formularza Ofertowego);w przedmiocie dostawy udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE przekracza 50% (vide: pkt 22 Formularza Ofertowego).

W zgodzie z treścią oświadczeń złożonych w ofercie, HRC przystąpił do urzeczywistnienia zamiaru realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego. Po wykonaniu zaawansowanych czynności projektowych w zakresie przedmiotu zamówienia, wyraził wobec Zamawiającego gotowość realizacji zamówienia zgodnie ze złożonymi w ofercie deklaracjami, przedstawiając na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2019 roku wymaganą dokumentację techniczną, tj.: specyfikację ofertową (zgodnie z Załącznikiem nr 6 do Formularza Oferty);rysunki wraz z charakterystycznymi wymiarami, pokazujące zabudowę wnętrza: układ siedzeń, miejsce na wózek (inwalidzki/dziecięcy) oraz rozmieszczenie drzwi dla wszystkich typów tramwajów; przekroje poprzeczne w miejscu połączenia wózków z pudłem, w środku przejścia między członami tramwaju oraz w miejscu, w którym występuje najmniejsza szerokość przejścia, zwymiarowane w zakresie informacji związanych z wymaganiem zawartym w rozdziale II SIWZ część IV pkt 7.12.1 dla wszystkich typów tramwajów; widok wózków dla wszystkich typów tramwajów; oświadczenie, że HRC przeprowadził analizę skrajni oferowanych typów tramwajów, o której mowa w rozdziale II SIWZ część IV pkt 12, której wynik potwierdził możliwość bezpiecznej eksploatacji oferowanych typów tramwajów na torach Zamawiającego w zakresie wymijania, omijania, wykorzystywania przystanków i przemieszczania względem drogi (prześwitu) wraz z rysunkiem przedstawiającym tramwaj na torze na krytycznych tukach oraz charakterystyczne przekroje tramwaju na tle skrajni określonej w rozdziale II SIWZ część IV pkt 12.1, z podaniem wymiarów krytycznych punktów konstrukcji tramwaju w stosunku do konturu odniesienia skrajni kinematycznej; certyfikat IRIS z dnia 22 lutego 2018 roku (dalej: Certyfikat).

O istnieniu spójnej i niezmienniej koncepcji HRC odnośnie wykonania zamówienia świadczy również podjęcie czynności celem ustalenia kosztów transportu wyprodukowanych tramwajów do Polski, w tym fakt zwrócenia się do przewoźnika o przedstawienie kosztów transportu morskiego jeszcze przed terminem złożenia oferty w Postępowaniu.

2. HRC wykonał we własnym zakresie i własnymi zasobami (vide: adnotacje w prawych, dolnych rogach ww. rysunków) wyżej wskazane szczegółowe rysunki techniczne. Z chwilą przedstawienia tych rysunków na wezwanie Zamawiającego HRC wykazał wykonanie zasadniczego, bardzo istotnego elementu w realizacji zamówienia, jakim są prace projektowe i koncepcyjne. Przedkładając zaś na wezwanie Zamawiającego najpełniejszy Certyfikat, najpełniejsze zaświadczenie jakie może wydać jednostka certyfikująca, HRC potwierdził, że:

- zamierza realizować zamówienie na rzecz Zamawiającego w zakładzie w Changwon;
- zakład w Changwon spełnia wszelkie wymagania w odniesieniu m. in. do: projektowania, rozwoju, produkcji i utrzymania w zakresie certyfikacji —03 (prowadzenieV04 (układ zasilania, jednostka napędowa), 08 (aparatura sterownicza do obsługi pociągu),17 (tabor), 18 (infrastruktura, projektowania/rozwoju i produkcji lokomotyw, spalinowych zespołów trakcyjnych, wagonów pasażerskich, elektrycznych zespołów trakcyjnych, kolei dużych prędkości, kolei miejskiej i tramwajów (light rail), kolei magnetycznej, wózków, jednostek napędowych, silników trakcyjnych i przetwornic, utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych, sprzętu do sygnalizacji, kolei miejskiej i tramwajów, wózków, jednostek napędowych, silników trakcyjnych i przetwornic, utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych).

W kontekście wyżej przywołanych okoliczności, a także przedłożonego Certyfikatu i jego zakresu, zarzucany przez Odwołującego brak realnej, zgodnej z SIWZ, możliwości realizacji zamówienia (produkcji pojazdów) nie tylko stanowi o bezzasadności tego zarzutu, ale również o nieudolnej próbie podważenia treści Certyfikatu, a tym samym kompetencji jednostki audytującej zakład koreański, która ten Certyfikat wydała.

Dodatkowe potwierdzenie gotowości i zdolności HRC do wykonania zamówienia, posiadania odpowiedniego potencjału technicznego (w tym rozwiązań technicznych, maszyn, urządzeń, linii produkcyjnej), dostatecznych możliwości kadrowych (specjalistów, doświadczonych inżynierów i pracowników) do jego realizacji w terminach wskazanych w SIWZ, a także rzetelnego przygotowania oferty, znajduje się w następujących dokumentach:

- w oświadczeniu złożonym w dniu 27 lutego 2019 roku przez Prezesa i Dyrektora reprezentującego Hyundai - Pana S. T. K.

•w oświadczeniu złożonym w dniu 27 lutego 2019 roku przez: Deputy General Manager Global Rail Business Hyundai - Pana J. W. C., General Manager Rail System Technical Sales Team - Pana J. K. S., General Manager Finance Team - Pana H. S. C. oraz przez Deputy General Manager Smart System Team - Pana H. K. K.

3. Istotne znacznie dla oceny zdolności produkcyjnych HRC do realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego ma okoliczność, iż HRC jest potentatem na rynku produkcji pojazdów szynowych, dostarczającym produkowane przez siebie pojazdy do trzydziestu sześciu krajów położonych na sześciu kontynentach. Łączna liczba wyprodukowanych przez HRC wagonów wynosi na dzień dzisiejszy 42.441 sztuk i stale rośnie. HRC zatrudnia niemal cztery tysiące pracowników, więc nie są mu znane takie problemy kadrowe z wyspecjalizowanymi pracownikami (m.in. spawalnikiem), o których wspomina Odwołujący. Od 1998 roku HRC zaprojektował, wyprodukował, wdrożył do użytku i zapewnił utrzymanie kilkudziesięciu rodzajów pojazdów szynowych — począwszy od tramwajów, poprzez autonomiczne pociągi metra i autonomiczne składy obsługujące połączenia podmiejskie i międzymiastowe, po koleje szybkiej prędkości rozwijające prędkość przekraczającą 300 km/h.

HRC ma na swoim koncie realizację wielu różnorodnych zamówień, począwszy od tramwajów, poprzez bezzałogowe (autonomiczne) pociągi metra, skończywszy na pojazdach przystosowanych do poruszania się w ramach kolei wysokich prędkości (300 km/h +). Na potwierdzenie tego HRC przedstawia dodatkowe rekomendacje/certyfikaty w tym zakresie.

Wskazane rekomendacje/certyfikaty odnoszą się tylko do części zrealizowanych przez HRC zamówień. Już jednak chociażby te dane, dotyczące zrealizowanych przez HRC przedsięwzięć, jednoznacznie dowodzą, że wbrew twierdzeniom Odwołującego FIRC jest w pełni gotowy do realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego zgodnie ze złożoną ofertą, w terminach wynikających z siwz.

Nie bez znaczenia jest również to, iż potencjał i doświadczenie HRC zostało zauważone przez szereg różnych instytucji i organizacji, które przyznały HRC nagrody i wyróżnienia m.in. za wkład w rozwój nauki i technologii proekologiczne rozwiązania stosowane w pojazdach, przedterminową realizację zamówienia, najwyższej jakości produkty, najwyższej jakości rozwiązania projektowe, konkurowanie jakością produktów. Wśród autorów nagród i wyróżnień znajdują się m.in. Prezydent Republiki Korei, Minister Handlu, Przemysłu i Energii Republiki Korei, Miasto Metropolitalne — Seul, Minister Gospodarki Opartej na Wiedzy Republiki Korei. Odnośnie do wywodów Odwołującego dotyczących niemożności realizacji zamówienia w terminach określonych w SIWZ należy zauważyć po pierwsze, że sugerowanie przez Odwołującego, iż terminy te są zbyt krótkie, a co za tym idzie wykonanie zamówienia w tych terminach jest mało realne, godzi przede wszystkim w treść oferty złożonej przez Odwołującego, który zadeklarował, iż wykona zamówienie w tych terminach. Skoro zaś Odwołujący uważa, że te terminy są za krótkie, miał prawo zaskarżyć postanowienia SIWZ w tym zakresie — tego zaś nie uczynił, tylko złożył ofertę w Postępowaniu, co również stanowi pośredni dowód o bezpodstawności tego zarzutu.

Przystępujący nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia przez HRC w terminach wskazanych w SIWZ. Należy zauważyć, że termin dostawy pierwszego i drugiego typu tramwaju jest taki sam jak w przypadku unieważnionego postępowania przetargowego (DNZ/58/2016). Skrócono jedynie ostateczny termin dostawy wszystkich tramwajów (do 42 miesięcy), co jednak nie powinno mieć wpływu na niemożność wykonania zamówienia. Oczywiście jest bowiem, że wykonawca o odpowiednio wysokim potencjale technologicznym, optymalizuje swoje procesy. W tym miejscu warto wyjaśnić, że w przypadku HRC (a także innych podmiotów o podobnym potencjale), największy nakład czasu i pracy poświęcany jest na projektowanie i przygotowanie pierwszego pojazdu określonego typu. Następnie proces produkcji jest zoptymalizowany w ten sposób, że pojazdy wszystkich typów buduje się z określonych (wspólnych dla wszystkich typów) modułów, co znacznie przyspiesza pracę. Nie bez znaczenia jest także fakt, że fabryka FIRC jest wysoce zautomatyzowana, wyposażona w wyspecjalizowane i nowoczesne urządzenia oraz maszyny produkcyjne. Z uwagi na ogromną powierzchnię tej fabryki (68 458 m²) po stronie HRC nie występują problemy czasowe wynikające z niemożności znalezienia miejsca, w którym można przeprowadzić procesy zabezpieczenia antykorozyjnego pojazdów, na które zwraca uwagę Odwołujący (pkt 7.7 lit. c) Odwołania). Dla przykładu Przystępujący wskazał, że był w stanie realizować w stosunkowo krótkich terminach jednocześnie trzy projekty:

- Korail Gyeongbu Line EMU (120 wagonów) w terminach: 27 grudnia 2004 roku — 26 czerwca 2006 roku;
- 2005 Korail Gyeongbu Line EMU (140 wagonów) w terminach: 10 października 2005 roku — 30 grudnia 2006 roku;
- 2005 Korail Central Line EMU (70 wagonów) w terminach: 18 listopada 2005 roku — 30 grudnia 2006 roku.

Odwołujący pomija przy tym fakt, że terminy „bardzo krótkie” dla jednego wykonawcy mogą być absolutnie wystarczające dla innego wykonawcy — dysponującego większym potencjałem produkcyjnym. Każdy z wykonawców podejmuje (a przynajmniej powinien podejmować) decyzję o udziale w przetargu, biorąc pod uwagę aktualną sytuację prawną, finansową, gospodarczą i społeczną w jakiej się znajduje, a przede wszystkim obecnie realizowane i przyszłe projekty oraz całkowity potencjał produkcyjny (w tym jego zmiany). Potencjał produkcyjny danego wykonawcy ma bezpośrednie przełożenie na potencjał zakupowy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że uczestnictwo HRC zarówno w rynku taboru szynowego oraz automotive daje de facto kumulację potencjału zakupowego dla tego wykonawcy,

ponieważ część z dostawców dostarcza tożsame rozwiązania dla branży motoryzacyjnej oraz transportu szynowego.

W kontekście powyższego, twierdzenia Odwołującego o niemożliwości wykonania przez HRC zamówienia w terminach określonych w SIWZ wywodzone z faktu mniejszego zainteresowania wykonawców udziałem w jego realizacji, a także oświadczeń prasowych konsorcjum Stadler o możliwości realizacji zamówienia w dłuższych terminach niż te, które wynikają z SIWZ, nie podważają złożonych w ofercie HRC oświadczeń odnoszących się do terminów realizacji zamówienia.

Odwołujący zdaje się sugerować, że skoro konsorcjum Stadler zdecydowało, że terminy wykonania zamówienia wskazane w SIWZ są dla niego zbyt krótkie i nie byłby w stanie zrealizować zamówienia w tych terminach, to oczywistym jest, że wynika to wyłącznie z samych tylko warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Nie wziął jednak Odwołujący pod uwagę, że konsorcjum Stadler mogło zdecydować, że nie jest w stanie wykonać zamówienia w terminie z powodu konieczności realizacji innych zamówień i ograniczonych z tego powodu mocy produkcyjnych. Podkreślić należy, iż przedstawiciel konsorcjum Stadler w zacytowanych przez Odwołującego wypowiedziach nie podaje uzasadnienia dla swojego stanowiska ani nie wskazuje na to, iż terminy realizacji zamówienia określone w SIWZ są obiektywnie niemożliwe dla wszystkich wykonawców.

Podnoszony przez Odwołującego argument „krótkich terminów” realizacji niniejszego zamówienia jest oderwany od aktualnych warunków rynkowych i oczekiwań zamawiających pojazdów szynowych. FIRC pragnie wskazać, iż w podobnych przedmiotowo przetargach realizowanych w Polsce i za granicą zamawiający stawiają wykonawcom porównywalne, a nawet jeszcze krótsze wymagania terminowe.

Przystępujący wskazał na przetarg w Krakowie na zakup tramwajów o parametrach zbliżonych do tych, których dotyczy niniejsze postępowanie przetargowe (Zakup niskopodłogowych, przegubowych wagonów tramwajowych, znak sprawy: Z-281-184/15). Zwycięski wykonawca tego postępowania — konsorcjum Stadler zobowiązało się do dostarczenia 35 tramwajów w terminie 30 miesięcy, przy czym pierwszy tramwaj miał powstać w terminie 24 miesięcy.

Odnosząc się do aktualnych możliwości produkcyjnych HRC na podstawie zrealizowanych przez tego wykonawcę projektów dostaw pojazdów szynowych, Przystępujący wskazał, co następuje.

Jeśli chodzi o tzw. elektryczne zespoły trakcyjne (pojazdy szynowe wykorzystywane zarówno w ruchu aglomeracyjnym, jak i dalekobieżnym), od 2004 roku HRC, wykorzystując zasoby produkcyjne fabryki w Changwon, wyprodukował łącznie około 1070 pojazdów szynowych tego typu. Również w tym przypadku należy odnotować, że składy takie są technicznie dalece bardziej zaawansowane niżeli tramwaje, co w konsekwencji oznacza, że proces ich produkcji jest bardziej skomplikowany i wymagający.

HRC wyprodukował też, tylko na potrzeby Korea Railroad Corp., aż 390 szynowych pojazdów pasażerskich wysokich prędkości, na przestrzeni około 10 lat, przy wykorzystaniu zasobów produkcyjnych fabryki w Changwon (tej samej, w której mają zostać wyprodukowane tramwaje dla Zamawiającego).

Pociągi wysokich prędkości są dalece bardziej zaawansowane technologicznie, niżeli tramwaje. Gdyby jednak uznać, że projekt realizowany przez HRC na rzecz Korea Railroad może być referencyjny do projektu Zamawiającego, a wskaźnik „przepustowości produkcyjnej” HRC w tym projekcie może posłużyć do wyliczenia łącznego czasu wyprodukowania przez HRC 123 tramwajów na rzecz Zamawiającego, należałoby dojść do wniosku, że FIRC jest w stanie wyprodukować na rzecz Zamawiającego 123 tramwaje w terminie, który wynika z SIWZ, a nawet szybciej.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego Przystępujący podkreślił, że przywołane w Odwołaniu, w charakterze dowodów, artykuły prasowe oraz subiektywne przekonania Odwołującego o niektórych faktach, nie mogły (i nie mogą) mieć wpływu na ocenę oferty HRC, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2014 roku, sygn. KIO 1618/14; wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2016 roku, sygn. KIO 919/16; wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 roku, sygn. KIO 1370/15; wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2015 roku, sygn. KIO 756/15). Wypowiedzi prasowe, do których odwołuje się Odwołujący, miały ogólny charakter marketingowy i odnosiły się do założonej przez HRC strategii w kontekście jego planów inwestycyjnych w Polsce. Oczywiście jest, iż wypowiedzi prasowe nie mogą prowadzić do zmiany oświadczeń złożonych w ofercie HRC w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazał, że uwzględnienie zarzutów Odwołującego prowadziłoby do nałożenia na Zamawiającego na obecnym etapie Postępowania obowiązku, który nie znajduje oparcia w przepisach prawa — zażądania od HRC Harmonogramu dostaw tramwajów, o którym mowa w pkt 19.1.1. Rozdziału I SIWZ. Taki dokument wymagany jest dopiero przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie rzecz ma się jeśli chodzi o żądanie przez Odwołującego na obecnym etapie Postępowania weryfikacji procesu realizacji zamówienia w odniesieniu do HRC. Godzi się przypomnieć, że zgodnie z § 5 ust. 1 Rozdziału III SIWZ zamawiający na podstawie Planu Projektu będzie mógł zapoznać się ze szczegółami każdej fazy realizacji przedmiotu Umowy.

Nadto z § 5 pkt 5.2. Rozdziału III SIWZ wynika, że: Zamawiający, w odniesieniu do produkcji pierwszych pięciu tramwajów każdego typu, zastrzega sobie prawo do kontroli całego procesu produkcyjnego odbywającego się bezpośrednio u Wykonawcy, jak również jego podwykonawców, prowadzonej każdorazowo przez swoich przedstawicieli, przebywających okresowo lub stale na terenie, gdzie realizowany będzie proces produkcyjny; kontrola będzie dokonywana w oparciu o Ofertę Wykonawcy, SIWZ oraz schematy przebiegu procesu produkcyjnego i harmonogram, o których mowa w § 5 pkt 5.1.

Przystępujący wskazał ponadto, że z Odwołania można wywieść, że Odwołujący domaga się od Zamawiającego, czy też nawet od tutejszej Izby, aby informacje, o których mowa w 5.5 Rozdziału III SIWZ zostały podane przez HRC już teraz, co jest żądaniem nie tylko sprzecznym z SIWZ, zasadą proporcjonalności i równości, ale także z praktyką branżową. W świetle art. 87 ust. 1 Pzp i postanowień SIWZ przedmiotowe żądania Odwołującego są nieuzasadnione i przedwczesne, gdyż na obecnym etapie Postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania HRC do przedstawienia żądanych przez Odwołującego informacji w zakresie szczegółowego harmonogramu dostaw tramwajów oraz pełnego procesu produkcji.

Powyższe okoliczności wskazują na to, iż Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w odniesieniu do zadeklarowanego przez HRC sposobu wykonania zamówienia, miejsca oraz terminu jego wykonania, które zostały przez HRC należycie opracowane. Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający nierzetelnie przeanalizował dokumentację dostarczoną przez HRC. Wskazane przez Odwołującego wątpliwości świadczą jedynie o tym, że to Odwołujący nie przeanalizował tej dokumentacji, opierając omawiany zarzut wobec HRC na insynuacjach oraz artykułach prasowych.

Skoro Odwołujący nie udowodnił, że FIRC nie ma spójnej koncepcji realizacji zamówienia oraz nie zrealizuje go w terminach określonych w SIWZ w fabryce w Changwon, zarzut z pkt 4.1. Odwołania oraz związane z nim żądania należy uznać za całkowicie bezzasadne, również w kontekście powołanej przez Odwołującego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu Odwołania w ogóle nie odniesiono się do wspomnianych zasad.

Po drugie, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu (pkt 4.2 Odwołania) naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania HRC do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez HRC ceny za dostawę tramwajów, w kontekście podstaw do uznania jej za rażąco niską. Odwołujący odnosi przy tym ten zarzut de facto wyłącznie do ceny zaoferowanej za dostawę tramwajów, a jedynie w konsekwencji — ceny łącznej zamówienia. W ocenie Przystępującego zarzut ten również jest bezzasadny.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Przystępujący podniósł w pierwszej kolejności, że zdefiniowany i matematycznie weryfikowalny obowiązek zamawiającego w zakresie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczy wyłącznie okoliczności wskazanych w przepisie art. 90 ust. 1a. Pzp, które nie wystąpiły w Postępowaniu. Natomiast w przypadku art. 90 ust. 1 Pzp, prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest przy tym jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzje zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. X Ga 652/13). Przyjmując, że w określonych w art. 90 ust. 1 Pzp okolicznościach przepis ten należy interpretować jako kreujący po stronie zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, to należy uznać, że zamawiający jest zobowiązany do dokonania tych czynności wyłącznie w sytuacji, gdy weryfikowane przez niego podczas badania oferty okoliczności wskazują na istnienie wskazanych w art. 90 ust. 1 Pzp podstaw do wszczęcia procedury weryfikacyjnej, czyli wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za daną cenę zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W orzecznictwie KIO, sądów powszechnych oraz doktrynie prawa przyjmuje się, że rażąco niska cena oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Jak przy tym wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 roku, sygn. X Ga 127/08, jeżeli w czasie wstępnego badania, w którym należy brać pod uwagę co do zasady całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny, zamawiający nabierze podejrzeń czy przypuszczeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. Charakter ceny rażąco niskiej można przypisać, gdy jest ona niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Podobną linię orzecniczą prezentuje KIO, przykładowo w wyroku z 17 sierpnia 2012 roku, sygn. KIO 1649/12. Za przykład ceny rażąco niskiej uważa się z reguły oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp nie wynika żaden matematyczny wskaźnik, od którego uzależnione byłoby wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w przedmiocie ceny oferty. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Podobnie jednak jak w przypadku art. 87 ust. 1 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku śledzić i bezkrytycznie przyjmować jako źródła swoich wątpliwości spekulacji medialnych na temat oferentów — powinien bazować na własnym, rzetelnie dokonanym rozeznaniu okoliczności mających znaczenie dla postępowania oraz na treści przedłożonych mu w ramach postępowania dokumentów. Podkreślenia wymaga fakt, że zastosowane przez ustawodawcę zwroty wydaje się czy budzi wątpliwości zamawiającego są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać tylko w uzasadnionych sytuacjach (por. wyrok KIO z 31 maja 2016 roku, sygn. KIO 820/16). Konkludując, jeżeli zamawiający posiada doświadczenie nabyte przy

udzielaniu podobnego rodzaju zamówień, a na potrzeby prowadzenia danego postępowania dokonał rozeznania w zakresie cen obowiązujących na rynku oraz rzetelnie skalkulował kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, to nie ma podstaw aby kwestionować jego kompetencje do prawidłowej oceny czy w danej sprawie powinien mieć uzasadnione wątpliwości odnośnie czy zaoferowana cena może wydawać się rażąco niska.

Należy również zwrócić uwagę, że ocena rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od konkurencji (por. wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2018 roku, sygn. KIO 2440/18). Konieczne jest zatem zachowanie należytej ostrożności przy ocenie czy rzeczywiście w danym postępowaniu zamawiający ma z nią do czynienia. Argument ten jest bowiem często nadużywany przez konkurencyjnych wykonawców, którzy wszelkimi środkami dążą do wyeliminowania oferenta, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia, zdaniem Przystępującego, w niniejszym postępowaniu). Ich celem są przy tym własne korzyści, a nie dobro danego postępowania — dlatego też ich twierdzenia należy traktować z odpowiednią ostrożnością i krytycyzmem. Często też może być dla nich trudne do zrozumienia, że inny podmiot jest w stanie wykonać dane zamówienie na korzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Należy jednak pamiętać, że celem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego, czyli oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo oferty z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt. Ważne jest zatem aby w toku oceny czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę, czy też dany oferent jest w stanie wykonać zamówienie znacznie taniej niż konkurencja, nie popełnić błędu polegającego na wyeliminowaniu rzeczywiście najlepszego wykonawcy.

W ocenie Przystępującego zarzuty Odwołującego odnośnie wątpliwości, jakie powinna budzić prawidłowość skalkulowania ceny ofertowej HRC, a w konsekwencji — zarzuty odnośnie braku podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 Pzp, są zupełnie bezpodstawne. Odwołujący w żaden sposób przy tym nie udowodnił ich zasadności, nie powołał na ich poparcie rzetelnych faktów i wiarygodnych dowodów. Odwołujący nie wykazał, że zaproponowana przez HRC cena tramwajów znacząco odbiega od cen rynkowych i jest niewiarygodnie niska, wobec czego może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez HRC lub niezgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nie udowodnił podstaw do wątpliwości odnośnie braku spójności zaproponowanej przez HRC ceny ofertowej tramwajów z pozostałą dokumentacją przedłożoną przez FIRC w Postępowaniu oraz z wymogami Zamawiającego. Ograniczył się jedynie do wyrażania swoich przypuszczeń i założeń, które niejednokrotnie przedstawiał jako fakty oraz do bezpodstawnego wywodzenia z okoliczności sprawy twierdzeń, które w ogóle z tych okoliczności nie wynikają. Posłużył się też manipulacją polegającą na wywodzeniu swoich wniosków z jedynie kilku wybranych przez siebie elementów cenotwórczych dotyczących produkcji i dostawy tramwajów, pomijając zupełnie znaczenie innych zmiennych (zwłaszcza tych, które świadczą na korzyść Przystępującego), przez co przedstawiony przez niego sposób ustalania ceny ofertowej zupełnie nie przystaje do rzeczywistości.

Przystępujący podkreślił, że zgodnie z zarzutem Odwołującego przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu powinno być nie to czy zaoferowana przez Przystępującego cena jest rażąco niska, ale to, czy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości odnośnie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę — w części dotyczącej dostawy tramwajów typu 1, 2 i 3 — w świetle warunków rynkowych i innych weryfikowalnych okoliczności mających znaczenie dla ustalenia, czy zaoferowaną cenę należy uznać za rażąco niską, i w związku z tym — czy Zamawiając powinien był wszcząć procedurę weryfikacyjną.

Pomimo powyższego, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej Przystępujący w postanowił ustosunkować się do twierdzeń Odwołującego, związanych prawidłowością obliczenia ceny ofertowej tramwajów będących przedmiotem Postępowania, sformułowanych w Odwołaniu.

Po pierwsze, Przystępujący szczegółowo i wnikliwie zapoznał się ustalonymi przez Zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu i warunkami realizacji zamówienia, i w konsekwencji uznał, że jest w stanie je wypełnić zgodnie z wymogami Zamawiającego, za zaoferowaną cenę ofertową, co potwierdził m.in. składając w Postępowaniu dokumenty szczegółowo wymienione w części I pkt 1 niniejszego pisma. Zaoferowaną cenę Przystępujący starannie wykalkulował, biorąc pod uwagę wszystkie wymagania Zamawiającego, a także swoje doświadczenie przy analogicznych projektach. Co więcej, cena ta uwzględnia zarówno koszty jak i marżę HRC, a w jej kalkulacji udział brały wszystkie merytoryczne departamenty i jednostki odpowiedzialne po stronie HRC, co potwierdzają dowody w postaci oświadczeń Prezesa i Dyrektora reprezentującego Hyundai oraz osób bezpośrednio zaangażowanych w proces przygotowania oferty, wymienione w części I pkt 1 niniejszego pisma.

Zaoferowana cena uwzględnia w szczególności określone przez Zamawiającego terminy wykonania zamówienia, które w ocenie HRC nie są terminami napiętymi, w tym w szczególności nie wykluczają transportu przedmiotu zamówienia z Korei, co zostało szczegółowo omówione w części I pkt 4 niniejszego pisma. Należy przy tym zauważyć, że termin dostawy pierwszego i drugiego typu tramwaju jest taki sam jak w przypadku unieważnionego postępowania przetargowego (DNZ/58/2016).

Odwołujący twierdzi, że terminy realizacji zamówienia zostały znacząco skrócone w stosunku do poprzedniego, unieważnionego postępowania przetargowego, co ma istotne znaczenie dla samej możliwości realizacji zamówienia oraz wysokości ceny. W tym kontekście Odwołujący dokonuje porównania liczby złożonych ofert w niniejszym postępowaniu (3 w tym 2 ważne) z postępowaniem uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego (5 ofert), wywodząc z tego wniosek o znacznym pogorszeniu warunków realizacji zamówienia, które skłoniły część oferentów w poprzednim postępowaniu do rezygnacji z dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia. W ocenie HRC przedmiotowa okoliczność nie może jednak dowodzić ani w żaden sposób uzasadniać twierdzenia Odwołującego. Po pierwsze bowiem podjęcie decyzji o złożeniu oferty w danym postępowaniu zawsze stanowi uprawnienie wykonawcy. Po drugie, domniemanie Odwołującego, że pozostali wykonawcy tj. Alstom i Skoda nie złożyli oferty w niniejszym postępowaniu z uwagi na zbyt krótkie terminy realizacji, jest całkowicie gołosłowne i niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego. Na podjęcie decyzji o przystąpieniu do określonego postępowania przez danego wykonawcę ma bowiem wpływ bardzo wiele czynników m. in. przyjęta przez danego wykonawcę strategia rozwoju na danym rynku, aktualnie realizowane i planowane do realizacji projekty, posiadane moce produkcyjne etc. Odwołujący w tym kontekście dokonuje swoistej manipulacji faktami w celu uwiarygodnienia własnych twierdzeń, nie znajdując one jednak żadnego potwierdzenia w stanie faktycznym. Odnosnie zaś oferty konsorcjum Stadler to Przystępujący zwraca w tym miejscu jedynie uwagę, że mogło ono zdecydować, że nie jest w stanie wykonać zamówienia w terminie z powodu konieczności realizacji innych zamówień i ograniczonych z tego powodu mocy produkcyjnych, co w zestawieniu z terminami realizacji niniejszego kontraktu mogło uniemożliwić mu terminowe wykonanie umowy.

Bezzasadne są również zarzuty Odwołującego jakoby HRC nie dysponował gotową bazą techniczną do realizacji umowy, które są podnoszone przez Odwołującego również w kontekście prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej. Co więcej, posiadana przez HRC baza produkcyjna jest większa, bardziej zaawansowana technologicznie oraz ma większe możliwości produkcyjne niż baza jaką posiada Odwołujący, co pozwala na znaczną redukcję kosztów produkcji tramwajów, w tym zwłaszcza kosztów osobowych, czasu produkcji, możliwości realizowania we własnym zakresie szeregu elementów procesu produkcyjnego, które wykonawcy nie posiadający takiego zaplecza muszą wykonywać z pomocą podwykonawców lub w inny sposób korzystając z usług podmiotów trzecich — co dotyczy w szczególności poruszanego przez Odwołującego procesu zabezpieczenia antykorozyjnego pojazdów. Bardziej szczegółowy opis bazy technicznej, jaką dysponuje HRC, Przystępujący przedstawił w treści części I pkt 3 i 4 niniejszego pism.

W powyższym kontekście zupełnie chybiony jest podnoszony przez Odwołującego argument, że HRC nie posiada zaplecza umożliwiającego produkcję w Polsce. Pomijając Zamawiający nie wymaga bowiem od HRC takiego zaplecza w Polsce ani realizacji zamówienia w Polsce. Geograficzne umiejscowienie zakładu produkcyjnego — nadmiernie akcentowane przez Odwołującego z pozaprawnych, najpewniej czysto medialnych względów nie stanowiło ani wymagania Zamawiającego, ani tym bardziej kryterium oceny oferty. Okoliczność ta pozostawała zupełnie irrelevantna dla oceny oferty HRC na etapie postępowania przez Zamawiającym, a zatem — zdaniem Przystępującego — brak jest formalnoprawnych racji, aby czynić z niej zasadniczy punkt odniesienia dla badania zasadności ceny HRC w postępowaniu odwoławczym, jak błędnie postuluje Odwołujący.

Niezależnie jednak od powyższego Przystępujący potwierdza, że w złożonej w Postępowaniu cenie ofertowej uwzględnił koszty transportu produkowanych w Korei Południowej tramwajów do Polski — dowód w tej sprawie został przedstawiony w części I pkt 1 niniejszego pisma. W konsekwencji zarzuty Odwołującego, jakoby zaoferowana przez HRC powinna budzić wątpliwości w związku z umiejscowieniem zakładu produkcyjna, są niezasadne. Są to jedynie gołosłowne twierdzenia niepoparte przez Odwołującego dowodami, irrelevantne z punktu widzenia oceny i punktacji oferty HRC.

Akurat w zakresie transportu, wbrew sugestiom Odwołującego występują podstawy do przyjęcia na potrzeby oferty niższych kosztów, niż w przypadku poprzedniego przetargu. W tamtym przypadku część produkcji podzespołów miała bowiem być realizowana w Turcji, zaś montaż całości w Korei, co oznaczało dodatkową w stosunku do obecnej sytuacji konieczność transportu tych podzespołów z Turcji do Korei. Taka konieczność, wobec zakładanej przy przygotowaniu obecnej oferty lokalizacji całości produkcji na terenie Korei nie występuje, co oznacza zmniejszenie w tym zakresie zakładanych kosztów.

Również w odniesieniu do omawianego zarzutu dotyczącego zaoferowanej ceny tramwajów Odwołujący wskazuje, że wykonawca zobowiązany był do dokonania konkretnych założeń odnośnie realizacji zamówienia i modelu produkcji sugerując, że Przystępujący zaniechał takich działań przez co nie mógł prawidłowo skalkulować oferty. Powyższe twierdzenia są nieprawdziwe. HRC posiada spójną koncepcję realizacji przedmiotu zamówienia, co Przystępujący szczegółowo opisał w części I niniejszego pisma. Co za tym idzie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie pozostają całkowicie gołosłowne. Nie ulega wątpliwości, że dokonana przez HRC kalkulacja ceny ofertowej oparta była właśnie na w/w koncepcji i obejmowała wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, w tym zaplanowanie procesu budowy, procesu zabezpieczeń antykorozyjnych, procesu lakierowania, procesu montażu oraz procesu uruchomienia i diagnostyki (dowody na tę okoliczność zostały przywołane wcześniej — są to m.in. oświadczenia Prezesa Zarządu oraz Dyrektora Generalnego HRC z dnia 27.02.2019 r. oraz oświadczenia J. W. C., H. S. C., J. K. S., H. K. K. z dnia 27.02.2019. —

Załączniki nr 2 i 3 do pisma)

W ocenie Przystępującego nie było podstaw do kierowania do HRC dodatkowego zapytania o sposób, w jaki zamierza on zrealizować zamówienie, celem weryfikacji ceny ofertowej — oferta złożona w tym zakresie przez Przystępującego była jasna i nie budziła wątpliwości. Ponadto za całkowicie niedopuszczalne uznać należy w tym kontekście dywagację Odwołującego w zakresie tego, jakiej odpowiedzi na takie wezwanie mógłby udzielić Przystępujący. Odwołujący wskazuje, że HRC mogłoby udzielić odpowiedzi, że zamówienie wykona w Polsce lub w Korei — wywodząc z tego dalsze skutki dla Zamawiającego. Po pierwsze jednak Odwołujący nie jest uprawniony, żeby z góry przesądzać w jaki sposób HRC odpowiedziałoby na wezwanie, po drugie zaś, biorąc pod uwagę całościową treść oferty złożonej przez Przystępującego nie sposób z niej wywodzić, że zakładała ona realizację kontraktu w Polsce. Opisane w odwołaniu daleko idące rozważania Odwołującego, oparte na doniesieniach medialnych, stanowią więc jedynie próbę manipulacji faktami, mającą na celu zdyskredytowanie oferty Przystępującego, która okazała się bardziej korzystna. Po trzecie należy zwrócić uwagę, że Odwołujący w dalszej treści Odwołania, kontynuując przyjęty tok rozumowania jednostronnie przesądza, że gdyby Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień to skutkiem uzyskanych informacji byłoby odrzucenie oferty wykonawcy. Wysnuwanie takich wniosków należy uznać za co najmniej przedwczesne i sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania, Odwołujący nie może bowiem przewidywać jakie wyjaśnienia złoży Przystępujący w procedurze określonej w przepisie art. 87 ust. 1 lub art. 90 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę fakt, że oferty w postępowaniu składane są przez profesjonalistów działających na rynku, to prawidłowa kalkulacja umożliwia oferentom po pierwsze złożenie prawidłowej oferty, a po drugie uzyskanie zamówienia, na końcu zaś określony zysk. Kalkulacja cenowa ma zatem kluczowe znaczenie dla wyceny oferty i oczywistym jest, że nie tylko stanowi know-how każdego przedsiębiorcy, ale również jest dokonywana w oparciu o różne metody i z uwzględnieniem różnych czynników przez poszczególne podmioty z branży (gdyby tak nie było to nie istniałaby konkurencja na rynku). Już z samej treści Odwołania wynika, że Odwołujący odmiennie kalkuluje cenę oferty, o czym świadczy chociażby fakt, że istotną częścią kosztorysu Odwołującego stanowią ryzyka związane z realizacją inwestycji, w tym koszty usuwania wad i usterek kary za nieterminowe dostawy etc. (vide pkt 7.16 ppkt 7 Odwołania). Kalkulacja ryzyka i kosztów z tym związanych zależy jednak od doświadczeń konkretnego wykonawcy. Przykładowo wykonawca, który w każdym projekcie popełnia błędy i nie dochowuje terminów dostaw kalkuluje te koszty jako znacznie wyższe, niż wykonawca, który jest nastawiony na terminową realizację projektów wysokiej jakości. Różnice w podejściu do szacowania projektów i następnie ich realizacji być może stanowią powód kwestionowania przez Odwołującego sposobu wyceny oferty przez HRC. Nie można jednak wymagać od Zamawiającego, aby prezentował analogiczny sposób rozumowania w tym zakresie, a tym bardziej by każdy wykonawca dokonywał kalkulacji w sposób niejako narzucony przez Odwołującego.

W odniesieniu z kolei do wykazywanej przez Odwołującego liczby roboczogodzin niezbędnych do wyprodukowania tramwaju oraz wysokości wynagrodzenia w Korei należy wskazać, że przedmiotowe dane są nieprawidłowe w kontekście wniosków, jakie Odwołujący z nich wywodzi. Po pierwsze bowiem, o liczbie roboczogodzin niezbędnych do wyprodukowania jednego tramwaju decyduje w bardzo dużym stopniu poziom zaawansowania technologicznego danego zakładu i stosowanej w nim automatyzacji, a także organizacja pracy. Sposób wykonania projektu jest równie ważny. Technologia pracy i automatyzacja zmienia udział czynnika ludzkiego. Dlatego też nie sposób dla oceny oferty HRC zasadnie posługiwać się liczbą roboczogodzin wskazaną przez Odwołującego, która jest znacząco inna — wyższa - od liczby roboczogodzin wymaganych dla tego samego celu w przypadku HRC.

Również powoływanie się na różnice w średnim wynagrodzeniu pracowników w Korei, Polsce i Turcji nie może być uznane za właściwe dla wykazania, że Przystępujący nieprawidłowo wycenił swoją ofertę. Opiera się ono bowiem na wstępnym założeniu, że HRC nie wie, gdzie będzie prowadził produkcję tramwajów będących przedmiotem zamówienia. Odpowiednie założenia w tym zakresie zostały jednak przez HRC poczynione, co było już wielokrotnie podkreślane w niniejszym piśmie — HRC odniósł się zatem do kosztów mu znanych, nie zaś nieokreślonych. Ponadto, nie wiadomo jaki sens ma przytaczanie wartości średniego wynagrodzenia w danych krajach, podczas gdy Odwołujący nie podaje nawet, w jakim stosunku do tej wartości pozostaje średnie wynagrodzenie pracowników biorących udział w realizacji omawianego zamówienia. Ponadto, co wskazano już wyżej, sama wartość wynagrodzenia nie jest jedynym wyznacznikiem ostatecznego kosztu pracy, równie istotny jest bowiem czas jej wykonywania przez poszczególne grupy pracowników. Przy odpowiednio mniejszym czasie pracy, osiągniętym zwłaszcza dzięki większemu zakresowi automatyki procesu produkcji oraz lepszej organizacji pracy, nawet wyższe koszty tej pracy mogą w ostatecznym rachunku zostać w znacznym stopniu zniwelowane.

W pkt 7.20 — 7.22. Odwołania Odwołujący usiłował zakwestionować cenę zaoferowaną przez HRC, wskazując, że koszt realizacji zamówienia powinien znacznie wzrosnąć w stosunku do pierwszego, unieważnionego przetargu, wobec postawienia przez Zamawiającego wymagań bezpieczeństwa systemów SIL2. W ocenie Odwołującego, wzrost kosztów z tego tytułu dla każdego z producentów powinien wynieść około 200.000,00 złotych w przeliczeniu na jeden pojazd, a w konsekwencji: doprowadzić do wzrostu ceny 0 42.600.000 zł. Z powyższym nie sposób się jednak zgodzić.

Przed wszystkim Odwołujący nie zaoferował żadnego dowodu na potwierdzenie powyższej tezy, a to jego obciążał w tym zakresie ciężar dowodowy (por. orzecznictwo KIO wskazane w pkt III. niniejszego pisma). Odwołujący

poprzestał jedynie na podaniu kwoty (nie wskazując nawet, czy jest ona sumą netto, czy brutto), nie przywołał żadnego kosztorysu cenowego, ofert producentów, na których się powołuje, itp. Zaproponowaną przez Odwołującego kalkulację należy ocenić jako zu pełnie dowolną, gołosłowną, a w rezultacie — niewiarygodną.

Odnosząc się - mimo powyższego — do obliczeń Odwołującego HRC wskazuje, że niezależnie od tego, że założony przez Odwołującego koszt uwzględnienia wymagań Zamawiającego w zakresie standardu bezpieczeństwa jest błędny, to pomija on fakt, że należy skalkulować wyłącznie wzrost kosztu systemów bezpieczeństwa porównując koszt tych systemów, w które wykonawca zamierzał wyposażyć tramwaje oferowane w ramach pierwszego przetargu, w stosunku do wymogów obecnych. Znaczny wzrost ceny ofertowej tramwajów z tego tytułu dotyczy może wyłącznie ofert, które w unieważnionym postępowaniu obejmowały inne, znacznie tańsze systemy. System planowany przez HRC w ramach pierwszego przetargu uwzględniał znaczną część wymogów bezpieczeństwa SIL1 SIL2, ponieważ stosowanie zaawansowanych systemów bezpieczeństwa jest obecnie standardem rynkowym dla przedsiębiorstw realizujących m.in. projekty metra bezzałogowego czy pojazdów dużych prędkości. Z tych względów wzrost ceny tramwaju oferowanego przez HRC z tego tytułu, w stosunku do pierwszego przetargu, jest nieznaczny.

W uzupełnieniu powyższych uwag, w kontekście pkt 7.24 Odwołania, w którym Odwołujący kwestionuje zbyt niski jego zdaniem wzrost ceny zaoferowanej przez HRC w obecnie prowadzonym postępowaniu, należy stwierdzić, że zaoferowanie takiej ceny przez HRC było możliwe także dzięki zmniejszeniu marży wykonawcy. Wobec bowiem unieważnienia pierwszego przetargu, w którym oferenci ujawnili już swoje oferty i uzyskali wiedzę o poziomie cen konkurentów, Przystępujący, który - co oczywiste - dążył do wygrania kolejnego postępowania, starał się skalkulować swoją ofertę na jak najbardziej konkurencyjnym poziomie. Przypuszczał, co jest normalną rynkową praktyką w takich sytuacjach, że konkurenci prawdopodobnie będą robić to samo, stąd starał się przygotować ofertę tak, aby podwyższenie proponowanej ceny było jak najmniejsze — oczywiście przy zachowaniu zasad uczciwości i rzetelności. Największą korzyść z tego tytułu osiągnie Zamawiający, co jest zgodne z celem prowadzenia przez niego postępowania przetargowego — wyborem jak najbardziej korzystnej oferty.

Powyższe działanie Przystępującego nie doprowadziło z całą pewnością do przedstawienia w Postępowaniu oferty z rażąco niską ceną za dostawę tramwajów. W najbardziej wyraźny sposób obrazuje to zestawienie cen ofertowych referencyjnych przetargów na dostawy tramwajów o podobnych parametrach, które odbywały się w ostatnich latach zarówno w Polsce, jak i z granicą, które Przystępujący zobrazował w tabeli na str. 19 i 20 pisma.

W kolejnym punkcie (pkt 4.3 Odwołania) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HRC, podczas gdy cena złożonej przez HRC oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzut ten należy uznać za bezzasadny i przedwczesny pod względem formalnym.

Jak wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach KIO oraz sądy powszechne (por. np. wyroki KIO: z dnia 31 maja 2016 roku, sygn. KIO 820/16, z dnia 17 lipca 2017 roku, sygn. KIO 1323/17, z dnia 15 kwietnia 2016 roku, sygn. KIO 464/16), stawianie zarzutu rażąco niskiej ceny i żądanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy wykonawcy nie byli jeszcze wzywani do składania wyjaśnień i dowodów, byłoby działaniem przedwczesnym. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty wykonawcy jako rażąco niskiej bez przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 PZP — nie może bowiem zakładać, że w wyniku wyjaśnień wykonawcy zamawiający nie uzna tej ceny za skalkulowaną prawidłowo. Wniosek o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny może być wywiedziony dopiero po wyczerpaniu procedury jej wyjaśnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zauważyć, że zarzut ten pozostaje wprost w sprzeczności z zarzutem dotyczącym zaniechania wezwania HRC do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez HRC ceny za dostawę tramwajów. Rozpoznając Odwołanie Izba nie może bowiem uwzględnić obu tych zarzutów jednocześnie, może jedynie oba oddalić. Natomiast uwzględnienie jednego z tych zarzutów prowadzić musi do oddalenia drugiego, przy czym — co wynika z powyższych orzeczeń — niedopuszczalne jest aby KIO uwzględniła zarzut zaniechania odrzucenia oferty, jeżeli wcześniej zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że pod względem merytorycznym Odwołujący uzasadnił zarzut wskazany w pkt 4.3 odwołania jedynie swoimi założeniami i przypuszczeniami, że zaoferowana cena nie odzwierciedla należytej wyceny wszystkich elementów cenotwórczych i jest oderwana od rzeczywistości i nierynkowa. Jednocześnie przyznał wprost, że nie dysponuje szczegółowymi informacjami co do tego, jak konkretnie HRC skalkulował cenę ofertową. Odwołujący nie udowodnił zatem zasadności tego zarzutu zgodnie z obowiązującymi regułami dowodowymi. Pomimo bowiem, iż przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp przewiduje w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej odwrócony ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, to nie zwalniało to Odwołującego z obowiązku wskazania uzasadniających go okoliczności faktycznych, w tym również z przedstawienia dowodów na poparcie przytoczonych w Odwołaniu tez. Stawiający taki zarzut wykonawca nie może bowiem ograniczyć się tylko do twierdzenia o nierynkowej cenie oferowanej przez konkurenta, mającej świadczyć o jej rażąco niskim charakterze, ale musi również wskazać okoliczności uzasadniające takie twierdzenie, w tym przedstawić dowody na ich poparcie (por. np. wyroki KIO: z 19 listopada 2018 roku, sygn. KIO 2268/18, z dnia 7 grudnia 2017 roku, sygn. KIO 2467/17, z dnia 28 listopada 2017 roku, sygn. KIO

Argumenty merytoryczne uzasadniające brak podstaw do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości odnośnie tego, czy zaoferowana przez HRC cena jest rażąco niska, zostały przedstawione w pkt II niniejszego pisma. Przedstawianie zaś w tym miejscu wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia konkretnych elementów tej ceny nie jest zasadne, bowiem nie wypełniły się ustawowe przesłanki obligujące Przystępującego do takiego działania.

Odwolujący zarzucił również Zamawiającemu (pkt 4.4 Odwołania) naruszenie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia HRC z Postępowania pomimo faktu, że względem HRC spełniły się przesłanki wykluczenia opisane we wskazanych przepisach w związku z nienależytym wykonaniu zamówienia na dostawę 10 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla Kolei Ukraińskich. Podniesiony zarzut jest niezasadny.

Po pierwsze należy podkreślić, że twierdzenia Odwołującego mają swoje źródło w materiałach prasowych, które nie stanowią wiarygodnego źródła dowodowego, a także nie mogą stanowić dla Zamawiającego podstawy do ustalenia wystąpienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP (vide: wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2014 roku, sygn. KIO 1618/14; wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2016 roku, sygn. KIO 919/16; wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 roku, sygn. KIO 1370/15; wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2015 roku, sygn. KIO 756/15). Nie można zatem zarzucać Zamawiającemu, iż nie wykluczył HRC, skoro nie dysponował i nadal nie dysponuje stosownymi dowodami przesądzającymi o tym, że HRC jest winne poważnego wykroczenia zawodowego, a to z tego prostego powodu, że dowody takie po prostu nie istnieją.

Po drugie, poleganie przez Odwołującego na niepewnym źródle informacyjnym sprawiło, iż podstawa faktyczna Odwołania — która z oczywistych względów nie może zostać ani zmieniona ani rozwinięta w toku postępowania przed Izbą — nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości, a co za tym idzie, omawiany zarzut nie może odnieść zamierzonego skutku. HRC nie zaprzecza, iż wyprodukowało 10 Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych (dalej: „Pojazdy”), które uczestniczą w ruchu na Ukrainie. Myli się jednak Odwołujący twierdząc, że:

- HRC zawarło (jako wykonawca) kontrakt na dostawę Pojazdów z Kolejami Ukraińskimi, bowiem kontrakt w tym przedmiocie został zawarty pomiędzy Southern Railways i Hyundai Corporation. Zgodnie z umową Pojazdy miały zostać dostarczone do Kolei Ukraińskich. Hyundai Corporation zawarło następnie umowę z HRC, której przedmiotem było projektowanie, produkcja, testowanie, uruchomienie oraz gwarancja Pojazdów (umowa o podwykonawstwo);
- Pojazdy zostały wycofane z eksploatacji, bowiem w rzeczywistości zostały one jedynie czasowo zawieszone w eksploatacji z pasażerami, a po niedługim czasie oficjalnie uznano, że należy je przywrócić do ruchu i tak też się stało;
- zostało wszczęte postępowanie karne, które — jak zdaje się twierdzić Odwołujący — było prowadzone przeciwko HRC, bowiem przeciwko HRC nigdy nie było prowadzone tego typu postępowanie w związku z realizacją umowy zawartej przez HRC.

Po trzecie, uszło uwadze Odwołującego, że co do zasady odpowiedzialność względem Kolei Ukraińskich za dostawę Pojazdów ponosił Hyundai Corporation. Dodać należy także, że Hyundai Corporation nigdy nie zarzucał HRC jakichkolwiek nieprawidłowości dotyczących Pojazdów.

Po czwarte, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, w dniu 26 lutego 2019 roku, HRC złożyło obszernie wyjaśnienia, z których wynika, że Koleje Ukraińskie w dniu 9 listopada 2016 roku wystawiły na rzecz HRC stosowny certyfikat, potwierdzający, że Pojazdy zostały w sposób należyty zaprojektowane, wyprodukowane, dostarczone, przetestowane, i wprowadzone do ruchu z pasażerami, co zdaniem HRC świadczy tym, że Koleje Ukraińskie nie dopatrzyły się rażących nieprawidłowości w Pojazdach, o których traktuje Odwołujący.

HRC złożył obszernie wyjaśnienia w powyższej sprawie w dniu 26 lutego 2019 roku, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego.

Zgodnie z poglądami doktryny (na kanwie nieobowiązującego już art. 24 ust. 2a) ustalenie czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, musi nastąpić poprzez analizę środków dowodowych, a nie na podstawie uprawdopodobnienia (por. Nowicki, Józef Edmund. Art. 24. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2018.). Zdaniem Przystępującego, istnienie wskazanego powyżej certyfikatu rozwiewa wszelkie ewentualne wątpliwości w tym zakresie na korzyść HRC.

Po piąte, nawet gdyby uznać, że działania HRC w odniesieniu do realizacji umowy zawartej z Hyundai Corporation, można byłoby potraktować jako poważne wykroczenie zawodowe (czemu HRC stanowczo zaprzecza), to ze względu na upływ trzyletniego terminu, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp, HRC nie było zobowiązane do ujawniania informacji o realizacji wspomnianej umowy w JEDZ (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2018 roku, sygn. akt: KIO 325/18).

W tym miejscu należy przytoczyć następujący pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 3 sierpnia 2018 roku, sygn. KIO 1428/18, który powinien być referencyjny podczas ustalania 3-letniego terminu w odniesieniu do zarzucanego HRC przez PESA poważnego wykroczenia zawodowego w związku z wyżej opisaną sprawą: „Dokonując rozstrzygnięcia w tym zakresie Izba uznała, iż pod pojęciem "zdarzenia będącego podstawą wykluczenia", o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy PZP w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4, prawidłowym będzie przyjęcie daty zaistnienia skutku niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy koncesji lub umowy o zamówienie publiczne określonego jako rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Dopiero bowiem

łącznie zaistnienie okoliczności określonych w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak zatem wystąpienia przesłanki rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawie prawnej. W świetle powyższego nie sposób w ocenie Izby przyjąć, iż celem ustawodawcy z jednej strony było przewidzenie możliwości zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania przy spełnieniu wszystkich określonych w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp okoliczności, z drugiej zaś by okres, w którym możliwe byłoby wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej był liczony, jak twierdził Odwołujący, od daty niewykonania albo nienależytego wykonania umowy bez względu na datę wystąpienia skutków dopełniających zastosowanie ww. przesłanki."

Należy zauważyć, że podstawą odpowiedzialności z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp jest zawinione niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy podważające uczciwość wykonawcy, a więc w zakresie tej podstawy wykluczenia ustawodawca nie wskazał jakichkolwiek innych zdarzeń prawnych, takich jak np. rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania, które miałyby wpływ na sposób liczenia trzyletniego terminu. Z tych też względów, Przystępujący do postępowania stoi na stanowisku, że trzyletni termin, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp należy liczyć najpóźniej od dnia 12 lutego 2014 roku, a więc od chwili kiedy nastąpiło oficjalne zawieszenie ruchu Pojazdów w związku z ujawnionymi nieprawidłowościami. „Zdarzenie będące podstawą wykluczenia” należy utożsamiać ze zdarzeniem prawnym (tj. obiektywnym, uzewnętrznionym faktem wywołującym skutki prawne), a nie jedynie z subiektywnym przekonaniem zamawiającego o możliwości wystąpienia nieprawidłowości.

Po szóste, w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu przez HRC umowy o podwykonawstwo w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Potwierdza to następujący pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2016 roku, sygn. KIO 116/16, który HRC przyjmuje jako własną argumentację: Podkreślić należy, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp odwołuje się do nienależytego wykonania umowy, które ma charakter kwalifikowany. Nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi - na podstawie tego przepisu - przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanką taką mogą być jedynie tego rodzaju nieprawidłowości, które w sposób zasadniczy zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W związku z tym ocena, czy zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, wymaga odniesienia stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu specyfikacji.

Należy podkreślić, że nieprawidłowości w zakresie realizacji umowy o podwykonawstwo przez HRC nie miały istotnego charakteru, bowiem nie powodowały zmiany jakości Pojazdów, czy też ich niezdatności do użytku. Ponadto z okoliczności tej sprawy (a w szczególności z zachowania HRC po ujawnieniu się wskazanych wyżej nieprawidłowości) wyraźnie wynika, iż intencją HRC była dostawa sprawnych Pojazdów, a nieprawidłowości dotyczące Pojazdów mogłyby być ewentualnie kwalifikowane jako niskie jakościowo wykonanie zamówienia, a nie jako poważne wykroczenie zawodowe (vide: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 roku, sygn. akt: C-465/11).

Kolejnym zarzutem Odwołującego (pkt 4.5 Odwołania) jest naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia HRC z Postępowania pomimo faktu, iż HRC — w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, ewentualnie zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa — wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zarzut ten jest nieuzasadniony.

Jak wskazano powyżej, nie występują merytoryczne przesłanki, które uzasadniałyby wykluczenie HRC z Postępowania na mocy art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, w związku z okolicznościami realizacji kontraktu dotyczącego pojazdów dla Kolei Ukraińskich. Ponadto, upłynął już trzyletni termin, o którym mowa w tym przepisie. Nie może być zatem mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w tym zakresie.

Po stronie HRC nie wystąpiły również jakiegokolwiek inne przesłanki, które mogłyby zostać zaklasyfikowane jako wypełniające hipotezę przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. Sam Odwołujący precyzuje zresztą ten zarzut wyłącznie w zakresie dotyczącym kontraktu dla Kolei Ukraińskich. Nie można zatem uznać, że został on skutecznie podniesiony również w stosunku do innych okoliczności dotyczących treści oferty HRC.

W następnej kolejności (pkt 4.6 Odwołania) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania HRC do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów złożonych przez HRC na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w postaci zaległości HRC z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Zarzut ten jest bezzasadny.

Powyższe twierdzenie Odwołujący odnosi do:

- 1.zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków (dalej: Zaświadczenie nr 1),
- 2.zaświadczenia o zapłacie w całości (w części) składek ubezpieczenia (społecznego i zdrowotnego) (dalej: Zaświadczenie nr 2),
- 3.zaświadczenia o zapłacie całości składek ubezpieczenia pracowniczego i ubezpieczenia wypadków przemysłowych (dalej: Zaświadczenie nr 3) (dalej zwanych łącznie: „Zaświadczeniami”). Zamawiającemu nie można zarzucić

jakichkolwiek zaniechań w zakresie analizy Zaświadczeń już choćby z tego względu, że w prawie zamówień publicznych brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw dla zamawiającego do badania i porównywania zakresu przedmiotowego dokumentów urzędowych wystawionych w różnych porządkach prawnych (vide: wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2010 roku, sygn. KIO/UZP 2493/10, KIO/UZP 2494/10, KIO/UZP 2496/10).

Po drugie, zgodnie z treścią art. 2 koreańskiego rozporządzenia wykonawczego do Krajowej Ustawy o Poborze Podatków: „Zaświadczenie zapłaty podatku wydane zgodnie z art. 5 Krajowej Ustawy o Poborze podatków (zwanego odtąd „Ustawą”) poświadcza, że podatnik nie zalega z zapłatą podatku na dzień wystawienia, z wyłączeniem następujących kwot: (wraz ze wszystkimi zmianami wprowadzonymi na mocy Dekretu Prezydenckiego nr 28647 z dnia 13 lutego 2018 r.:
1. Kwoty, której pobranie jest odroczone na mocy dowolnego postanowienia art. 15-17 Ustawy;
2. Kwoty, w stosunku do której odroczone wydanie zarządzenia w sprawie zwłoki zgodnie z art. 85-2 Ustawy;
3. Kwoty, której pobranie jest odroczone na mocy art. 140 Ustawy o rehabilitacji dłużników i upadłości lub kwoty związanej z odroczeniem rozporządzenia mieniem na podstawie zarządzenia w sprawie zwłoki;
4. Zaległego podatku VAT, zaległych dodatkowych należnych wpłat, wydatków w związku z zarządzeniem w sprawie zwłoki (zwanym odtąd "podatkiem VAT, itp.") w związku z obowiązkiem zapłaty należności podatku VAT przez powiernika, o którym mowa w art. 2 Ustawy o Powiernictwie (zwanego odtąd "powiernikiem"), z majątku powierniczego zgodnie z art. 3-2 Ustawy o Podatku VAT (który to obowiązek jest określany odtąd "obowiązkiem zapłaty podatku w naturze).
(Niniejszy artykuł został w pełni zmieniony dekretem prezydenckim nr 23140 z dnia 16 września 2011 r./”.

Ze wskazanego przepisu wynika, iż zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków, a zatem Zaświadczenie nr 1, nie obejmuje swym zakresem informacji dotyczących należności wymaganych od powierników, co wynika wprost z powołanego wyżej punktu 4. Są one przedmiotowe zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem podatków. Innymi słowy, organ wydający Zaświadczenie nr 1 w ogóle nie wypowiada się co do istnienia bądź nieistnienia zobowiązań wymaganych od powierników. Nie jest zatem prawdą, że treść oświadczenia Dyrektora Urzędu Skarbowego wskazuje, że Hyundai posiada nieopłacone należności wymagane od powierników w rozumieniu przepisów o Podatku VAT. Stwierdzenie to jest całkowicie bezpodstawne, gdyż — jak wskazano powyżej i co wymaga podkreślenia — z Zaświadczenia nr 1 wynika jedynie, że zaświadczenie to nie obejmuje swym zakresem należności od powierników.

Mimo, że kwestia ewentualnych zobowiązań powierników jest całkowicie irrelevantna dla oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a należności takie w przypadku HRC nie występują i nie występowały, to jednak Przystępujący - kierując się dbałością o rzetelność informacji przekazywanych Zamawiającemu oraz treścią 5 7 ust. 3 Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - przedstawił Zamawiającemu dodatkowo oświadczenie, z którego wynika, że żadne zaległości w uiszczaniu m.in. podatków nie występowały. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2019 roku, znak: DWZ.261.95.2018.OJ, L.Dz.74.2019 (dalej: Pismo) HRC złożył bowiem stosowne oświadczenie stwierdzające, że w okresie od początku istnienia Spółki (jej rejestracji) do chwili obecnej nie występowały ze strony Spółki zaległości w uiszczaniu podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

W świetle wyroku KIO z dnia 6 grudnia 2010 roku, sygn. akt: KIO/UZP 2493/10, KIO/UZP 2494/10, KIO/UZP 2496/10 możliwe jest złożenie stosownego oświadczenia, jeżeli treść zaświadczenia uzyskanego w państwie obcym jest niepełna lub rodzi wątpliwości zamawiającego. Z racji zatem uzupełnienia Zaświadczenia nr 1 o treść Oświadczenia, nie można Zamawiającemu czynić jakiegokolwiek zarzutu związanego z zaakceptowaniem bez dalszych zastrzeżeń wątpliwości wskazanych dokumentów jako potwierdzających fakt niezalegania przez Przystępującego z opłacaniem podatków.

W odniesieniu do Zaświadczenia nr 2 należy uznać, że już pobieżna analiza tego dokumentu świadczy o tym, że po stronie HRC nie istnieją żadne zaległości, w zakresie przedmiotowym Zaświadczenia nr 2. Skoro bowiem w zaświadczeniu tym stwierdzono, że za wyjątkiem powyższych kwot (...) nie ma zaległych składek (...), a w tabeli znajdującej się nad tym stwierdzeniem, do której odnosi się słowo „powyższych”, brak jest jakichkolwiek wpisów, to oczywiste jest, że po stronie HRC nie istnieją żadne zaległości lub nieprawidłowości w tym zakresie.

Analogiczne wnioski należy wyciągnąć w odniesieniu do Zaświadczenia nr 3, z którego wynika, że o ile istnieją zaległe kwoty niezaleganiu z opłacaniem podatków za okres wstrzymania pobierania składek, to winno być to uwzględnione w tabeli pod pozycją Odroczenie pobierania. W tym miejscu tabeli natomiast żadne kwoty nie widnieją.

HRC nie miało wpływu na ukształtowanie standardowych stwierdzeń zawartych w dokumencie urzędowym — Zaświadczeniu nr 2 lub Zaświadczeniu nr 3. Biorąc więc pod uwagę, że nie istnieją żadne przesłanki, a tym bardziej dowody, aby uznać, że po stronie HRC istnieją zaległości za okres wstrzymania pobierania składek, HRC nie może ponosić negatywnych konsekwencji tylko z tego tytułu, że zdaniem Odwołującego zaświadczenie potwierdzające brak zaległości winno mieć inną treść.

Podsumowując, Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w odniesieniu do Zaświadczeń, a to po pierwsze wobec ich bezpośredniej treści i układu graficznego pozwalającego na jednoznaczne jej odczytanie, po drugie zaś — wobec złożenia przez Przystępującego dodatkowego oświadczenia z dnia 11 stycznia 2019 roku. Nie można zatem uznać za zasadny zarzutu sugerującego, że Zamawiający nierzetelnie przeanalizował

dokumentację HRC i nie wyjaśnił występujących w jej zakresie wątpliwości. Taki zarzut można ewentualnie przedstawić Odwołującemu, który - pomijając istnienie Oświadczenia oraz oczywistą treść Zaświadczeń — oparł swe twierdzenia o nielogiczną wykładnię dokumentów. Wskazane przez Odwołującego okoliczności nie pozwalają więc na skuteczne postawienie Zamawiającemu zarzutu odnośnie zaniechanie wezwania HRC do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z Postępowania, a co za tym idzie zarzut z pkt 4.6. Odwołania jest bezzasadny.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący zarzucił Zamawiającemu (pkt 4.7 i 4.8 Odwołania) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie oferty HRC za najkorzystniejszą, podczas gdy nie można jej za taką uznać, a także naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp. W żaden sposób nie uzasadnił jednak tych zarzutów ani nie przedstawił na ich poparcie jakichkolwiek dowodów. W związku z tym nie można ich uznać za skutecznie zgłoszone, nie wypełniają bowiem nawet minimum wymogu związanego przedstawienia zarzutów, wskazanego w przepisie art. 180 ust. 3 Pzp. Podnosząc tak poważne zarzuty wykonawca nie może ograniczyć się tylko do tak lakonicznego stwierdzenia, jak to uczynił Odwołujący. Powinien on przynajmniej zwięźle opisać swoje zarzuty, podając też okoliczności faktyczne i prawne na ich uzasadnienie, a także przedstawić dowody na ich poparcie. W przypadku wskazanych zarzutów Odwołujący nie uczynił tego nawet w najmniejszym stopniu, szczególnie w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że zarzuty te pozostają w sprzeczności z zarzutami wskazanymi w pkt 4.1 i 4.2 Odwołania. Izba nie może bowiem uwzględnić ich wszystkich, może jedynie je wszystkie oddalić. Uwzględnienie zarzutu z pkt 4.1 lub 4.2 Odwołania, prowadzić musi do oddalenia zarzutów wskazanych w pkt 4.7 i 4.8. Natomiast uwzględnienie zarzutu wskazanego w pkt 4.7 lub 4.8, skutkowałoby koniecznością oddalenia zarzutów z pkt 4.1 i 4.2, w związku z dalej idącym skutkiem takiego uwzględnienia, polegającym na konieczności nakazania Zamawiającemu odrzucenia obciążonej tak poważnymi i nieodwracalnymi wadami oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym, wskazane zarzuty należy uznać przynajmniej za przedwcześnie pod względem formalnym.

Powyższe wnioski potwierdza wyrok KIO z 6 czerwca 2018 roku, sygn. KIO 979/18. Zgodnie z nim, przepis art. 91 ust. 1 Pzp jest przepisem wynikowym, odnoszącym się do oceny ofert dokonanych w oparciu o postawione w SIWZ kryteria oceny. Tym samym, co do zasady dopóki nie zostanie wykazane, że w oparciu o ustalone przez zamawiającego kryteria oceny ofert, wybór danej oferty jest wadliwy, to nie można zarzucać, że przepis art. 91 ust. 1 Pzp został naruszony. Podobny wniosek należy odnieść do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

W pkt 5.3 3) Odwołania Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu produkcji maszyn na okoliczność: istniejących modeli produkcji pojazdów szynowych, czynności składających się na wyprodukowanie pojazdu szynowego w ramach poszczególnych modeli produkcji, minimalnego czasu niezbędnego na wykonanie tych czynności i elementów mogących ulec przyspieszeniu bądź równoległemu wykonaniu, wraz z wpływem powyższego na koszty produkcji pojazdów. Przystępujący do postępowania wnosi o oddalenie tego wniosku, gdyż — po pierwsze — tak szeroko zakreślona przez Odwołującego teza dowodowa pozostaje bez związku z zarzutem zawartym w odwołaniu i wniosek ten należy uznać za powołany jedynie dla zwłoki, a ponadto za zmierzający do zastąpienia braku inicjatywy dowodowej Odwołującego (por. wyrok KIO z dnia 21 listopada 2014 roku (sygn. akt KIO 2334/14). Przedmiotem opinii biegłego mogą być tylko konkretne kwestie szczegółowe dotyczące ustalenia elementów stanu faktycznego, które wymagają wiadomości specjalnych.

Po drugie nie wydaje się, aby przeprowadzenie takiego dowodu było w ogóle możliwe. Przedmiot opinii miałby bowiem dotyczyć kwestii niepodlegających standaryzacji, które mogą być — i są — bardzo różnie zorganizowane u różnych producentów. W dodatku należą one do kategorii informacji stanowiących najczęściej tajemnicę każdego przedsiębiorstwa, z tych różnic wynika bowiem następnie możliwość konkutowania przez producentów dzięki ulepszonym, często innowacyjnym procesom produkcji. Nie wydaje się zatem możliwe aby jakkolwiek biegły posiadał specjalistyczną wiedzę dotyczącą wskazanych zagadnień występujących zarówno w Polsce, jak i w pozostałych krajach świata. W orzecznictwie zwraca się uwagę na fakt, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłego uwarunkowane jest przydatnością tego środka dowodowego jako służącego ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Biegły musi mieć możliwość wydania opinii na podstawie dostępnego mu materiału dowodowego, przy uwzględnieniu postawionej tezy dowodowej. Dopuszczenie tego dowodu jest możliwe wówczas, gdy istnieje kompletny i zupełny materiał pozwalający na wydanie opinii (vide wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2018 roku, KIO 931/18).

Ocena czy cena budzi wątpliwości i wydaje się rażąco niska jest subiektywną oceną zamawiającego, której jest on uprawniony dokonać w oparciu o posiadane doświadczenie. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający jako gospodarz postępowania, który dokonuje w trybie zamówienia publicznego zakupu, posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, zaś potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych stanowi wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych (por. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2015 roku, KIO 161/15). W tym kontekście powołanie

biegłego, który miałby stwierdzić, czy wystąpiły obiektywne okoliczności do powzięcia takich wątpliwości prowadziłoby do pominięcia w tym zakresie oceny dokonanej przez Zamawiającego. Biegły nie może wyręczać zamawiającego w dokonaniu oceny ceny zaoferowanej przez wykonawcę. Takie postępowanie mogłoby również prowadzić do zamknięcia drogi wykonawcy — w tym przypadku Przystępującego — do ewentualnej obrony swojej oferty, jeżeli ocena została dokonana bez jego udziału. Natomiast istotą procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. PZP jest możliwość wyjaśnienia przez wykonawcę okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny (por. wyrok KIO z 19 stycznia 2018 roku, sygn. KIO 2328/17).

Odwołujący złożył również wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych, całkowicie niskopodłogowych”, znak ref. DNZ/58/2016. Wniosek ten jest jednak bezzasadny, bowiem Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności dotyczących wskazanego postępowania, które wymagałyby ujawnienia danych z jego dokumentacji, które nie są powszechnie dostępne, a jednocześnie są istotne dla oceny okoliczności niniejszego postępowania Odwoławczego. Okoliczności powoływane przez Odwołującego, a dotyczące poprzedniego, unieważnionego postępowania, są okolicznościami jawnymi i możliwymi do weryfikacji na podstawie powszechnie dostępnych informacji.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powodem uwzględnienia odwołania może być zatem jedynie stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba nie powinna zatem uwzględnić odwołania, jeżeli w wyniku powtórzonych czynności zamawiającego wykonawca sklasyfikowany na pierwszej pozycji pozostałby taki sam. Stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania (por. np. wyrok KIO z 14 grudnia 2018, sygn. KIO 2460/18, z 15 listopada 2017 roku, sygn. KIO 2319/17, też z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. KIO 2308/16). W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, aby Zamawiający dopuścił się jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy, a tym bardziej takiego, które wywarło istotny wpływ na wynik Postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwolujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia publicznego. W tym miejscu, odnosząc się do stanowiska Przystępującego kwestionującego interes Odwołującego wskazać należy, że o braku interesu we wniesieniu odwołania nie może świadczyć okoliczność, że cena zaoferowana przez Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Okoliczność ta nie oznacza automatycznie, że oferta z wyższą od założonej przez Zamawiającego ceną nie będzie mogła zostać wybrana. Przepisy ustawy Pzp pozostawiają Zamawiającemu możliwość pozyskania dodatkowych środków, a zatem dopóki Zamawiający nie wykaże, że takiej możliwości nie ma, nie można przesądzić o tym, że oferta Odwołującego nie może zostać wybrana. W ocenie Izby nie można za takie wykazanie poczytywać oświadczeń Zamawiającego w środkach masowego przekazu, gdyż nie mają one wiążącego charakteru i tym samym nie można na ich podstawie mieć pewności, że w sytuacji, w której rzeczywiście Zamawiający stanąłby przed takim wyborem, nie udałoby mu się tych środków zwiększyć.

Izba nie podzieliła również argumentacji Zamawiającego i Przystępującego zaprezentowanej podczas postępowania odwoławczego, zgodnie z którą zarzuty odwołania są spóźnione z uwagi na okoliczność, iż w dniu 4 stycznia 2019 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego protokół postępowania sporządzony na druku ZP-PN.

Wobec wycofania przez Odwołującego podczas posiedzenia w dniu 4 marca 2019 r. zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo faktu, że względem Przystępującego spełniły się przesłanki wykluczenia opisane we wskazanych przepisach, tj. Przystępujący jest winien poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, polegającego na nienależytym wykonaniu zamówienia na dostawę 10 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla Kolei Ukraińskich w postaci dostarczenia pojazdów zawierających błędy konstrukcyjne, które skutkowały wyłączeniem pojazdów z eksploatacji i powstania znacznych szkód z tego tytułu oraz naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo iż Przystępujący w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ewentualnie zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, przez zatajenie przez Przystępującego informacji w przedmiocie zawnionego poważnego naruszenia przez Przystępującego obowiązków zawodowych i nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Przystępującego, która skutkowałą zasądzeniem odszkodowania, przy realizacji kontraktu ukraińskiego, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Hyundai Rotem Company (dalej: Przystępujący) przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje.

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, całkowicie niskopodłogowych, wieloczlonych wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym, pakietem naprawczym, pakietem eksploatacyjnym, pakietem materiałów niezbędnych do wykonania naprawy głównej, szkoleniami, dokumentacją techniczną łącznie z licencjami i oprogramowaniem łącznie z licencjami oraz wykonywaniem napraw powypadkowych (w okresie gwarancji jakości na tramwaje).

Przedmiot zamówienia obejmuje:

- a. Zakres podstawowy (gwarantowany) zakres zamówienia, tj. dostawę 123 tramwajów wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym, pakietem naprawczym, pakietem eksploatacyjnym, pakietem materiałów niezbędnych do wykonania naprawy głównej, szkoleniami, dokumentacją techniczną łącznie z licencjami i oprogramowaniem łącznie z licencjami oraz wykonywaniem napraw powypadkowych (w okresie gwarancji udzielonej na tramwaje). Tramwaje mają być wieloczlone, całkowicie niskopodłogowe, ze skrajnymi wózkami skrętnymi, z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem mikroprocesorowym, w tym:
 - 85 tramwajów niskopodłogowych dwukierunkowych o długości do 33 m, w tym 2 tramwajów dostosowanych do potrzeb nauki jazdy (Tramwajów typu 1),
 - 18 tramwajów niskopodłogowych jednokierunkowych o długości do 33 m, w tym 1 tramwaju dostosowanego do potrzeb nauki jazdy (Tramwajów typu 2),
 - 20 tramwajów niskopodłogowych jednokierunkowych o długości do 24 m, w tym 1 tramwaju dostosowanego do potrzeb nauki jazdy (Tramwajów typu 3),
- b. Zakres zamówienia w ramach opcji, tj. dostawę 90 tramwajów wraz z pakietem naprawczym, pakietem eksploatacyjnym, pakietem materiałów niezbędnych do wykonania naprawy głównej, dokumentacją techniczną łącznie z licencjami i oprogramowaniem łącznie z licencjami oraz wykonywaniem napraw powypadkowych (w okresie gwarancji udzielonej na tramwaje). Tramwaje mają być wieloczlone, całkowicie niskopodłogowe, ze skrajnymi wózkami skrętnymi, z napędem silnikami prądu przemiennego i sterowaniem mikroprocesorowym, w tym: 45 Tramwajów typu 1, 45 Tramwajów typu 2.

Zamawiający wskazał, że zamówienie należy zrealizować:

- a. w ramach zamówienia podstawowego – w terminie do dnia 20 kwietnia 2038 roku,
- b. w ramach opcji – w terminie do dnia 20 kwietnia 2039 roku.

Zamawiający zastrzegł, że powyższe obowiązuje przy planowanym zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego do końca kwietnia 2019 roku, natomiast w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta później, ww. terminy mogą ulec odpowiedniemu przedłużeniu.

W pkt 19 SIWZ Zamawiający zawarł informację o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj.

19.1. Wykonawca zobowiązany jest przed zawarciem umowy:

19.1.1. uzgodnić z Zamawiającym Harmonogram dostaw tramwajów, uwzględniający wymagania Zamawiającego wynikające z SIWZ, w którym należy wskazać co najmniej:

19.1.1.1. datę zgłoszenia do odbioru dwóch pierwszych tramwajów typu 1, datę zgłoszenia do odbioru pierwszego tramwaju typu 2 oraz pierwszego tramwaju typu 3,

19.1.1.2. liczbę tramwajów zgłaszanych do odbiorów wstępnych w poszczególnych miesiącach,

19.1.1.3. daty podpisania protokołów końcowego odbioru poszczególnych tramwajów; uzgodniony harmonogram będzie stanowił załącznik do umowy, (...).

W §2 Wzoru umowy określono termin realizacji umowy. Zgodnie z ust. 2 Wykonawca obowiązany jest zrealizować dostawę tramwajów będącą przedmiotem Umowy, zgodnie z „Harmonogramem dostaw tramwajów”, który stanowi Załącznik nr 6 do Umowy. Ponadto, w dalszych postanowieniach wzoru umowy, ustalono warunki realizacji dostawy tramwajów zarówno dla zamówienia podstawowego jak i dla zamówienia objętego prawem opcji.

Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt 4.1. petitum odwołania, dotyczącego naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przez zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Hyundai w zakresie dotyczącym sposobu wykonania przedmiotu zamówienia przez Hyundai, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zgodnie z treścią Rozdziału II SIWZ, Część XIII pkt 2 „System jakości”: „Wymagane jest posiadanie i stosowanie przez producenta tramwajów systemu jakości ISO/TS 22163:2017 lub co najmniej IRIS rev.02 lub innego równoważnego

systemu jakości w zakresie zapewnienia właściwej jakości, potwierdzone zaświadczeniem niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania norm zapewnienia jakości”.

W konsekwencji powyższego, na podstawie postanowienia zawartego w treści Rozdziału I SIWZ, pkt 18.2. w zw. z pkt 18.2.2., Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w tym zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez Wykonawcę norm zapewnienia jakości, do których Zamawiający odwołał się w SIWZ, z tym że Wykonawca może zamiast ww. zaświadczenia złożyć równoważne dokumenty wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a Wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego, nie ma możliwości uzyskania ww. zaświadczenia, może złożyć inne dokumenty dotyczące zapewnienia jakości, potwierdzające stosowanie przez Wykonawcę środków zapewnienia jakości zgodnych z wymaganymi normami zapewniania jakości równoważnych środkom wymaganym na mocy mającego zastosowanie systemu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 9 stycznia 2019 r., Zamawiający zwrócił się do Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, z wezwaniem do złożenia m.in. ww. zaświadczenia, o którym mowa w pkt 18.2.2. SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący przedstawił Zamawiającemu „Certyfikat udzielony spółce Hyundai Rotem Company 488, Changwondaero, Uichang-gu 51407 Changwon-si, Gyeongsangnam-do Republika Korei” opatrzony datą 22 lutego 2019 r. Z treści certyfikatu wynika wprost, że system wskazanej powyżej organizacji jest zgodny z zasadami certyfikacji IRIS na rok 2017 na podstawie ISO/TS 22163:2017.

Ponadto odnotować należy, że w pkt 10 Oferty Przystępujący złożył oświadczenie, zgodnie z którym: „zrealizujemy zamówienie w terminach określonych w SIWZ”.

Terminy realizacji przedmiotowego zamówienia zostały przez Zamawiającego szczegółowo określone w treści Rozdziału III „Istotne postanowienia umowy”, w §2.

Odwołujący konstruując przedmiotowy zarzut miał za podstawę „informacje prasowe pochodzące od osób reprezentujących Hyundai w Polsce i w Postępowaniu”. W ocenie Odwołującego w świetle tych informacji prasowych Przystępujący nie wie jak, nie wie gdzie i jakimi zasobami zrealizuje przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, rolą Zamawiającego było nie tylko opierać się na „pustych” oświadczeniach wykonawcy, ale poddać je ocenie wedle całokształtu zdarzeń, jakimi są przywołane przez Odwołującego informacje prasowe, oświadczenia firmy Stadler o niemożności wykonania zamówienia w terminie oraz oświadczeń samego Odwołującego o konieczności zwiększenia ceny. Zamawiający natomiast nie podjął żadnych działań zmierzających do wyjaśnienia tych wątpliwości.

Z informacji prasowych udzielonych przez przedstawiciela Przystępującego po wyborze oferty, Odwołujący wywiódł, że Przystępujący nie posiadał na dzień składania ofert koncepcji co do sposobu realizacji zamówienia, zaś elementy istotne dla przedmiotu zamówienia (w szczególności w zakresie miejsca – kraju produkcji pojazdu) w dalszym ciągu stanowią przedmiot uzgodnień i negocjacji i w dalszym ciągu nie wiadomo jak Przystępujący będzie realizować przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń Odwołującego wskazać w pierwszej kolejności należy, że po analizie postanowień SIWZ nasuwa się wniosek, że Zamawiający ograniczył treść składanych przez wykonawców ofert do niezbędnego minimum. Z treści złożonych ofert nie wynika jaką koncepcję realizacji przedmiotowego zamówienia przyjął każdy z wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu. Zamawiający nie wymagał przedstawienia wraz z ofertą takiej koncepcji. Zatem na podstawie samej treści złożonej przez Przystępującego oferty nie ma podstaw do powzięcia wątpliwości co do tego jak, gdzie i jakimi zasobami Przystępujący zrealizuje przedmiotowe zamówienie. Potwierdza to treść samego odwołania, które w przeważającej mierze bazuje na doniesieniach prasowych pochodzących od przedstawiciela Przystępującego w Polsce. To na nich Odwołujący oparł argumentację w zakresie omawianego zarzutu, w zasadzie w ogóle nie nawiązując do treści oferty złożonej przez Przystępującego.

Komentując przywołane przez Odwołującego, zarówno w treści odwołania, jak i podczas rozprawy (dowód nr 2 złożony podczas rozprawy w dniu 4 marca 2019 r.), informacje prasowe, w ocenie Izby należy je poczytywać bardziej jako działania PR-owe Przystępującego, bądź też dotyczące jego ewentualnej strategii marketingowej czy inwestycyjnej w tej części Europy. Natomiast podawanie w wątpliwość treści oferty Przystępującego tylko ze względu na doniesienia prasowe, które odnoszą się do bliżej nieokreślonych planów rozwoju działalności Przystępującego na przyszłość, jest zabiegiem zbyt daleko idącym.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym wykonanie zamówienia w terminach określonych w SIWZ możliwe jest tylko i wyłącznie w przypadku, jeśli wykonawca posiadać będzie gotową bazę techniczną dla niezwłocznego rozpoczęcia realizacji zamówienia po podpisaniu umowy z Zamawiającym, wskazać trzeba, że z treści oferty wynika wprost, że Przystępujący takie zaplecze posiada, co potwierdzone zostało załączeniem wymaganego przez Zamawiającego certyfikatu IRIS dla fabryki zlokalizowanej w Korei. Sam Odwołujący nie kwestionuje możliwości produkcyjnych tego zakładu. Nie ma wobec tego, w ocenie Izby, podstaw by twierdzić, że Przystępujący nie dysponuje

zorganizowanym zapleczem technicznym, w którym będzie możliwe niezwłoczne rozpoczęcie produkcji.

W treści odwołania Odwołujący wskazał, że aby dotrzymać terminów dostaw wskazanych w SIWZ, należy rozpocząć produkcję pojazdów i utrzymać jej tempo w postaci produkcji średnio 8 pojazdów w skali miesiąca, a w tym celu, w przypadku np. produkcji liniowej (stanowiącej najbardziej typowy i efektywny przy tego rodzaju zamówieniach sposób produkcji), potrzeba:

- a) odpowiedniego zaplecza w postaci hali montażowej, dostosowanej do produkcji liniowej (podział na stanowiska montażowe z przepływem liniowym);
- b) odpowiedniego zaplecza w postaci pracowników przygotowania i realizacji produkcji (specjalistów odpowiedzialnych za organizację i realizację procesów produkcyjnych, doświadczonego nadzoru produkcyjnego, z wiedzą na temat produkcji liniowej);
- c) właściwie zorganizowanego i ustandaryzowanego procesu produkcyjnego (linii produkcyjnej), gwarantującego jakość i powtarzalność produktu końcowego (zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi m.in. w Części I, pkt 33 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia);
- d) ściśle zorganizowanych dostaw komponentów.

Odnosząc się do powyższych wątpliwości Odwołującego wskazanych w lit. a) do c), zwrócić uwagę należy, że – jak wskazano powyżej – Przystępujący dysponuje odpowiednim zapleczem technicznym, kadrowym i właściwą organizacją procesu produkcji, co wprost wynika z faktu legitymowania się przez Przystępującego certyfikatem IRIS. Co się tyczy natomiast wątpliwości wskazanych w lit. d), zauważyć należy, że w toku postępowania dowodowego przed Izbą, Przystępujący wykazał, że podjął kroki zmierzające do zabezpieczenia dostaw kluczowych komponentów składając na to stosowne dowody. W tym zakresie skład orzekający wskazuje na załączniki nr 4, 5, 6, 7 do pisma Przystępującego z dnia 13 marca 2019 r. (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz na załącznik nr 5 do pisma Przystępującego z dnia 20 marca 2019 r. (którego wybrane treści stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

Ponadto, postępowanie dowodowe przed Izbą wykazało, że Przystępujący poczynił również odpowiednie kroki w celu zabezpieczenia kwestii związanych z transportem morskim wyprodukowanych pojazdów, co potwierdzają dowody stanowiące załącznik 1 do pisma Przystępującego z dnia 4 marca 2019 r. wraz z tłumaczeniem (stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa), załącznik 1 do pisma Przystępującego z dnia 13 marca 2019 r. (którego wybrane treści stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz załącznik nr 1 do pisma z dnia 15 marca 2019 r. (którego wybrane treści stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

Odwołujący natomiast nie wykazał, że podjęte przez Przystępującego działania w tym zakresie mają charakter pozorny. Przede wszystkim za nieprzekonujące Izba uznała złożone przez Odwołującego, pozyskane przez niego, oferty na transport jednego i dziesięciu tramwajów. Zestawienie ofert pozyskanych przez Odwołującego i Przystępującego może co najwyżej stanowić dowód na to jakie warunki, w tym ceny, jest w stanie uzyskać każdy z tych wykonawców. Przystępujący wykazał, że realizuje zamówienia na całym świecie, zatem logicznym jest że często korzysta z transportu morskiego, a to może przekładać się na możliwość uzyskania przez niego bardziej konkurencyjnych ofert.

Następnie wskazać należy, że dowód nr 5 stanowiący „Zestawienie uzgodnień w ramach realizacji umowy”, przedstawia znikomą wartość dowodową. Jak wyjaśnił sam Odwołujący, sporządzając ten dowód bazował przede wszystkim na własnych, dotychczasowych doświadczeniach zdobytych we współpracy z innymi zamawiającymi, przy realizacji innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Dowód ten nie odnosi się nawet do terminów uzgodnień jakie przewiduje w tym postępowaniu sam Odwołujący, lecz terminy wskazane w tym dowodzie mają zupełnie abstrakcyjny charakter. Dowód ten nie koresponduje też z innymi złożonymi w tym postępowaniu dowodami, jak grafy czy wykresy Ganta. Ponadto Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że zdobyte we współpracy z innymi zamawiającymi doświadczenia, w dużej mierze mające negatywny charakter, znajdują przełożenie na warunki przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że uzgodnienia w innych postępowaniach dotyczyły tożsamyh kwestii, jak w tym postępowaniu, ani czy postępowania te można ze sobą w jakikolwiek sposób porównać. Z tych powodów, omawiany dowód nie może przesądzić o tym, że Zamawiający powinien być mieć wątpliwości, co do treści oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie możliwości dotrzymania terminów realizacji przedmiotu zamówienia.

Zauważyć przy tym należy, że stanowiska Zamawiającego i Odwołującego dotyczące kwestii uzgodnień znacząco się od siebie różniły. Zamawiający argumentował, że wobec jednoznacznych postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia możliwym jest składanie zamówień kluczowych komponentów, gdyż uzgodnienia jakie strony umowy mają poczynić dotyczą kwestii mniej istotnych, jak np. rozmieszczenie tablic w oknach, natomiast to, w jakich oknach tablice mają się znajdować wynika z SIWZ. Ponadto kryteria oceny ofert w tym postępowaniu były bardzo precyzyjne i miały specjalistyczny charakter i aby je opracować wykonawcy musieli założyć użycie konkretnych komponentów. Odwołujący z kolei wskazywał, powołując się na swoje dotychczasowe doświadczenie, że nawet tak z pozoru nieistotna kwestia może w braku szybkiego uzyskania porozumienia, bądź w przypadku zmiany decyzji przez Zamawiającego, spowodować opóźnienie. W ocenie Izby powyższe świadczy o tym, że między stronami występują różnice w interpretacji postanowień SIWZ.

Zwrócić uwagę należy, że z treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zdanie pierwsze wynika, że „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Kwestia związana ze sposobem dotrzymania terminu realizacji zamówienia, a także poszczególnych terminów, nie była przez Zamawiającego w tym postępowaniu badana, w szczególności nie było to przedmiotem w ramach kryteriów i Zamawiający w tym zakresie nie wymagał przedstawienia na etapie składania ofert żadnych dokumentów. Zamawiający oczekiwał jedynie akceptacji przez wykonawców narzuconych przez siebie w SIWZ terminów, a formą, w jakiej należało tego dokonać było złożenie podpisu pod Formularzem oferty zawierającym szereg oświadczeń, w tym to o realizacji zamówienia zgodnie z terminami wskazanymi w SIWZ (pkt 10 Formularza oferty). Odnotować warto, że przedmiotowe postępowanie jest drugim dotyczącym dostawy pojazdów dla Zamawiającego. W pierwszym, unieważnionym, Przystępujący również też złożył ofertę, zatem Odwołujący mógł liczyć się z tym, że Przystępujący będzie zainteresowany również i tym postępowaniem. Odwołujący miał więc potencjalną możliwość domagać się od Zamawiającego, aby kwestia związana z dotrzymaniem terminów realizacji była przez Zamawiającego dogłębniej badana, niż tylko w oparciu o oświadczenie, czego nie uczynił.

Przedstawiony przez Odwołującego dowód - opinia z dnia 21 marca 2019 r. autorstwa prof. dr hab. inż. E. L., również nie mógł przesądzić o uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu. Przedstawiona opinia odnosi się w sposób ogólny do kwestii związanych z projektowaniem tramwajów i została sporządzona „po zapoznaniu się z twierdzeniami stron”, do których jednak Autor się szczegółowo nie odnosi oraz w oparciu o wiedzę i doświadczenie Autora. Odnotować należy, że treść opinii nie referuje w ogóle do treści oferty Przystępującego, ani nawet dowodów przedstawionych przez Przystępującego w roku rozprawy.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w pkt 4.2. i 4.3. petitum odwołania, dotyczących naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez Hyundai ceny za dostawę tramwajów typu 1, 2 i 3, a w konsekwencji również ceny łącznej oraz naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 44 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Hyundai podczas gdy zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zarzuty te wiążą się z zarzutem omówionym powyżej, na co wskazał również sam Odwołujący w treści swojego odwołania. Badając ich zasadność Izba miała na uwadze okoliczność, że podobnie jak w przypadku zarzutu wcześniejszego, również i w tym przypadku źródłem wątpliwości Odwołującego są przede wszystkim doniesienia prasowe. Odwołujący także w uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu bazuje na domniemanym braku opracowania przez Przystępującego koncepcji co do zamierzonego sposobu wykonania zamówienia, z czego wywodzi, że cena oferty Przystępującego jest oparta na niewiarygodnych przesłankach i nie uwzględnia kosztów jakie wiążą się z określonym danym modelem produkcji.

Jest okolicznością między stronami bezsporną, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą okoliczności obligujące Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej wysokość ceny, o których mowa w przepisie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Spór w przypadku rozpoznawanego zarzutu koncentruje się wokół kwestii, czy w okolicznościach przedmiotowej sprawy cena za dostawę tramwajów typu 1, 2 i 3, a w konsekwencji również cena łączna w ofercie Przystępującego powinna budzić wątpliwości Zamawiającego. Zauważyć należy, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest adresowany przede wszystkim do Zamawiającego, który w przypadku powzięcia wątpliwości zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ocenie Izby Zamawiający zaprezentował przekonujące wyjaśnienia, że takich wątpliwości nie miał, powołując się na swoje doświadczenie z realizacji innych postępowań, a także na ceny postępowań prowadzonych przez innych zamawiających oraz odwołując się do sposobu ustalenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Izba zwraca uwagę, że w omawianym przepisie użyto zwrotów takich jak „wydaje się” i „budzą wątpliwości zamawiającego”, które to zwroty wskazują na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. W tym zakresie brak w ustawie przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego zamawiający może więc powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy realizacji podobnych zamówień, a także w oparciu o znajomość cen obowiązujących na rynku. Stąd też Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego prezentowane przez niego w toku postępowania odwoławczego zarówno w złożonych pismach, jak i podczas rozprawy, w którym argumentował on dlaczego nie miał wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba ocenia jako zbyt daleko idący, mając na uwadze że nie potwierdził się wyżej omówiony zarzut. Ponadto wskazać należy, że ewentualne odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę powinno zostać poprzedzone przeprowadzeniem z wykonawcą procedury wyjaśniającej, co w tym postępowaniu nie miało miejsca.

Zarzut wskazany w pkt 4.6. petitum odwołania dotyczący naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień dotyczących treści wskazanych w

odwołaniu dokumentów złożonych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania w postaci zaległości uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Zarzut potwierdził się w części dotyczącej zaniechania wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia dokumentu oznaczonego w ofercie Przystępującego jako „zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków” z dnia 8 stycznia 2019 r. Odwołujący zwrócił uwagę na budzący jego wątpliwości fragment tego zaświadczenia o treści: „Zaświadczam, że z pominięciem należności wobec powierników w myśl art. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT nie występują żadne inne odroczone należności podatkowe w formie fizycznej”. Odwołujący z tego fragmentu wywodzi, że Przystępujący „posiada niepłacone należności wobec powierników w rozumieniu przepisów o VAT”. Choć w ocenie Izby ten wniosek jest zbyt daleko idący, nie sposób pominąć okoliczność, że wskazany fragment zaświadczenia budzi wątpliwości.

W piśmie z dnia 4 marca 2019 r. Przystępujący wyjaśnił, że kwestionowane przez Odwołującego oświadczenie nie obejmuje swoim zakresem m.in. kwot wynikających z zaległego podatku VAT w związku z obowiązkiem zapłaty należności podatku VAT przez powiernika. Tym samym, jak wskazał Przystępujący, organ wydający to zaświadczenie w ogóle nie wypowiada się w kwestii zobowiązań wymaganych od powierników. Choć w ocenie Przystępującego kwestia ewentualnych zobowiązań od powierników jest irrelevantna dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący wskazał, że załączył również oświadczenie z dnia 11 stycznia 2019 r. złożone przed notariuszem, zgodnie z którym od początku istnienia spółki nie występowały zaległości w uiszczeniu podatków, opłat składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Natomiast Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że skoro w części tabelarycznej w odniesieniu do opodatkowania lub odroczenia ściągnięcia zaległych podatków w formie fizycznej wobec powierników brak jest wpisów, oznacza to, „że z pominięciem należności wobec powierników w myśl art. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT, nie występują żadne inne odroczone należności podatkowe w formie fizycznej”.

Odnosząc się do powyższych stanowisk Przystępującego i Zamawiającego w pierwszej kolejności nasuwa się wniosek, że odmiennie interpretują oni kwestionowany fragment omawianego zaświadczenia, co w ocenie Izby wskazuje na okoliczność, że Zamawiający nie ma pełnej wiedzy na temat okoliczności, których dotyczy, bądź nie, omawiane zaświadczenie. Ponadto Przystępujący odnosi się w wyjaśnieniach do kwestii związanych z obowiązkiem zapłaty należności podatku VAT przez powiernika, podczas gdy w kwestionowanym zaświadczeniu jest mowa o należności wobec powierników.

Wspólnym mianownikiem jest natomiast dla obu stanowisk to, że żadne z nich nie odpowiada na pytanie, czy istnieje możliwość uzyskania zaświadczenia, że w zakresie należności wobec powierników w myśl art. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT, Przystępujący również nie ma odroczeń lub zaległości podatkowych. Ani Przystępujący, ani tym bardziej Zamawiający, nie wyjaśnili w swoich stanowiskach tej kwestii w sposób niebudzący wątpliwości. Natomiast pamiętać należy, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. możliwość przedstawienia oświadczenia złożonego przed notariuszem materializuje się dopiero w sytuacji, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się dokumentu wskazanego – w omawianym przypadku – w § 7 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia. Innymi słowy, aby Przystępujący mógł powołać się na oświadczenie złożone przed notariuszem w pierwszej kolejności Zamawiający powinien wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, że w kraju, w którym Przystępujący ma siedzibę nie wydaje się dokumentu potwierdzającego brak odroczeń lub zaległości podatkowych w zakresie należności wobec powierników w myśl art. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT.

Wątpliwości w tym zakresie nie rozwiązał również złożony podczas rozprawy dowód 3, z którego wynika m.in., że w czasie między wydaniem zaświadczenia z dnia 11 maja 2018 r. a zakwestionowanego w tym postępowaniu zaświadczenia, jego treść została zrewidowana i poprawiona, jak wynika z porównania tych dwóch dokumentów – o kwestionowane przez Odwołującego stwierdzenie. Natomiast okoliczność wyjaśnienia przez organ, że „podatnik nie posiada żadnych zobowiązań z tytułu krajowych należności podatkowych” również nie może rozwiewać wątpliwości, skoro zaświadczenie nie obejmuje swoim zakresem „należności wobec powierników w myśl art. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT”.

Z tych względów Izba nakazała Zamawiającemu wyjaśnienie, czy w kraju, w którym Przystępujący ma siedzibę wydaje się dokument potwierdzający brak odroczeń lub zaległości podatkowych w zakresie należności wobec powierników w myśl art. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT. Powyższe powinno nastąpić po wcześniejszym unieważnieniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Następnie, w zależności od uzyskanej odpowiedzi, Zamawiający powinien podjąć dalsze kroki, tj. zwrócić się do Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o uzupełnienie dokumentu, bądź też Przystępujący będzie uprawniony powołać się na złożone oświadczenie przed notariuszem. Po przeprowadzeniu ww. czynności Zamawiający powinien dokonać ponownego badania i oceny ofert.

Pozostałe kwestionowane przez Odwołującego dokumenty nie budziły wątpliwości, a argumentację przedstawioną w tym zakresie przez Zamawiającego i Przystępującego Izba uznała za prawidłową. Rozpoznając zgłoszone przez Odwołującego, a wskazane poniżej, wnioski dowodowe, Izba postanowiła oddalić w oparciu o przepis art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, tj.:

1. Zgłoszony w treści odwołania wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu produkcji maszyn, doprecyzowany następnie pismem z dnia 11 marca 2019 r.
2. Zgłoszony w treści odwołania wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych”, znak ref.: DNZ/58/2016 oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych akt na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.
3. Zgłoszony pismem z dnia 15 marca 2019 r. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego albo opinii biegłego lub biegłych z dziedzin wyceny produkcji i budowy i eksploatacji pojazdów tramwajowych.

Ad 1.

Odwołujący zgłosił w treści odwołania wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu produkcji maszyn na okoliczność:

- i. istniejących modeli produkcji pojazdów szynowych,
- ii. czynności składających się na wyprodukowanie pojazdu szynowego (tramwaju) w ramach poszczególnych modeli produkcji,
- iii. minimalnego czasu niezbędnego na wykonanie tych czynności i elementów mogących ulec przyspieszeniu bądź równoległego wykonania, wraz z
- iv. wpływem powyższego na koszty produkcji pojazdów.

Wniosek ten został następnie doprecyzowany pismem z dnia 11 marca 2019 r., w którym Odwołujący wskazał, że dowód ten ma być sporządzony na okoliczność tego, czy w świetle zgromadzonych dokumentów, zawartych w nich wymagań Zamawiającego (dane zawarte w SIWZ) i wiedzy specjalistycznej biegłego przy opisanych przez Przystępującego warunkach realizacji zamówienia, w tym w szczególności choć nie wyłącznie:

- i. produkcji pojazdów z komponentów pochodzących spoza siedziby zakładu produkcyjnego,
- ii. modułowej produkcji pojazdów w Korei,
- iii. transporcie komponentów z Europy do fabryki w Korei,
- iv. transporcie pojazdów drogą morską statkami ro-ro z miejsca produkcji do siedziby Zamawiającego,
- v. powierzchni i wydajności zakładu Changwon oraz liczbie pracowników, np. bazując na danych dot. Certyfikatu IRIS złożonego przez Hyundai odnośnie zakładu w Changwon, potwierdzają się daty wymagane i zaoferowane na dostarczenie pojazdów określonych jako przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że wniosek nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

Celem powołania tego dowodu było wykazanie przez Odwołującego, że oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ Przystępujący nie wykona zamówienia w terminach wskazanych w treści SIWZ. Wskazać jednak należy, że kwestie związane z wykonaniem zamówienia w terminach wskazanych w SIWZ nie były przez Zamawiającego badane na etapie składania ofert w sposób szczegółowy. W tym zakresie Zamawiający opierał się bowiem na oświadczeniu złożonym przez wykonawców, zawartym w treści formularza oferty. Oświadczenie to nie było następnie w żaden sposób weryfikowane w toku badania i oceny ofert. W tym zakresie Zamawiający nie przewidział w treści SIWZ żadnych mechanizmów kontroli. Harmonogram dostawy tramwajów ma zostać sporządzony dopiero na etapie przed podpisaniem umowy i ma stanowić załącznik do umowy o zamówienie publiczne. Skoro więc w treści oferty poza oświadczeniem nie ma żadnego dokumentu, na podstawie którego można by zweryfikować realność oświadczenia Przystępującego, chociażby z tego powodu przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jest po prostu niemożliwe.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego w przedmiocie odpowiedniego zastosowania regulacji zawartej w treści art. 1191 §2 pkt 2 kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z treścią którego w braku odmiennego uzgodnienia stron, sąd polubowny może także zażądać od strony dostarczenia biegłemu odpowiednich informacji lub przedstawienia mu albo udostępnienia do zbadania dokumentów lub innych przedmiotów, wskazać należy co następuje.

W ocenie Izby wniosek Odwołującego oparty o przywołany przepis jest chybiony z następujących względów.

Odwołujący nie sprecyzował jakie dokumenty, w jego ocenie, powinny stanowić podstawę sporządzenia opinii. Ma to o tyle istotne znaczenie, że – po pierwsze – nawet po doprecyzowaniu przez Odwołującego tezy dowodowej ma ona w istocie otwarty charakter, ponieważ Odwołujący wyliczył zagadnienia, które w szczególności, choć nie wyłącznie (podkreślenie Izby), powinny stanowić przedmiot rozważań we wnioskowanej opinii. Po drugie – Zamawiający, jak wspomniano, nie wymagał od wykonawców złożenia w postępowaniu dokumentów dotyczących szczegółów realizacji zamówienia, w tym przebiegu procesu produkcyjnego (organizacji dostaw komponentów, wydajności zakładu produkcyjnego), czy logistyki (dostawy tramwajów do Zamawiającego). Omawiany wniosek odwołuje się zatem do bliżej nie sprecyzowanego, a nadto nie ujawnionego w toku postępowania dowodowego (Przystępujący złożył wprawdzie dowody dotyczące niektórych kwestii ujętych w tezie dowodowej, jednak wyłącznie w zakresie materii kwestionowanej w treści odwołania) materiału, który stanowić miałby przedmiot oceny biegłego.

Wniosek nie zasługuje na uwzględnienie również z tego powodu, że nie sposób oprzeć się wrażeniu, że aby

wypowiedzieć się na temat możliwości produkcyjnych Przystępującego w tym postępowaniu w kontekście jego terminowej realizacji, biegły musiałby poznać specyfikę pracy zakładu Przystępującego, jego organizację i sposób produkcji, a w tym celu niezbędnym mogłoby się okazać dokonanie oględzin tego zakładu.

Przed wszystkim jednak Izba miała na uwadze, że sam Zamawiający nie badał przedmiotowej kwestii w sposób wnikliwy, a sama oferta poza oświadczeniem nie zawiera żadnego materiału w oparciu o który można by wydać ewentualną opinię. Badanie oferty Przystępującego w oparciu o dokumenty nie wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu naruszałoby w ocenie Izby zasadę równego traktowania wykonawców.

Ad 2.

Wniosek podlegał oddaleniu, gdyż okoliczności z pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia, na które powoływał się Odwołujący nie były między Stronami sporne.

Ad 3.

Zgłoszony pismem z dnia 15 marca 2019 r. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego albo opinii biegłego lub biegłych z dziedzin wyceny produkcji i budowy i eksploatacji pojazdów tramwajowych, na okoliczność tego, czy w świetle zgromadzonych dokumentów, wymagań Zamawiającego i wiedzy specjalistycznej biegłego cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska, w tym, czy cena ta:

1. zawiera wszystkie elementy kosztotwórcze, tj. koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. uwzględnia realne koszty produkcji i dostawy pojazdów (przedmiotu zamówienia), w tym koszty:
 - a) projektowania;
 - b) materiałów niezbędnych do produkcji pudeł tramwaju;
 - c) podzespołów;
 - d) elementów wyposażenia wewnętrznego;
 - e) elementów wózków;
 - f) zastosowania technologii pozwalającej na istotne obniżenie zużycia energii przez pojazdy oferowane przez Przystępującego (w porównaniu z pojazdami oferowanymi przez Przystępującego w pierwszym przetargu przeprowadzonym przez Zamawiającego);
 - g) robocizny i świadczeń pracowniczych;
 - h) transportu z miejsca produkcji do siedziby Zamawiającego;
 - i) pośrednie funkcjonowania przedsiębiorstwa Przystępującego?
3. pozwala na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty?
4. uwzględnia wszelkie inne koszty realizacji przedmiotu zamówienia wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia?

W ocenie Izby uwzględnienie tego wniosku, ze względu na sposób sformułowania przez Odwołującego tezy dowodowej, prowadziłoby do obejścia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak już wcześniej wskazano, ocena czy cena oferty budzi wątpliwości i wydaje się rażąco niska jest subiektywną oceną zamawiającego, której jest on uprawniony dokonać m.in. w oparciu o posiadane doświadczenie. W tym postępowaniu Zamawiający takich wątpliwości nie miał, stąd też Przystępujący nie składał wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z tezą dowodową biegły miałby natomiast ustalić, czy cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska, w tym czy pozwala na wykonanie zamówienia bez straty. Zatem biegły miałby tak naprawdę wyręczyć Zamawiającego w dokonaniu oceny realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Izba stoi na stanowisku, że prowadziłoby to do zamknięcia drogi Przystępującemu do ewentualnej obrony swojej oferty, gdyż ocena zostałaby dokonana bez jego udziału. Natomiast istotą procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest możliwość wyjaśnienia przez wykonawcę okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej, a nie innej ceny.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....

.....

.....