

POSTANOWENIE
z dnia 1 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Bartosz Stankiewicz

Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu 1 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Hyundai Rotem Company z siedzibą w Changwon w Korei zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 524/19 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie – 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 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlónowych, całkowicie niskopodłogowych”, numer referencyjny: DWZ/95/2018.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 177-402123.

Zamawiający w dniu 8 lutego 2019 r. poinformował Odwołującego: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konkurencyjnego: Hyundai Rotem Company zwanego dalej Hyundai.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego, Odwołujący w dniu 18 lutego 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

4.1. art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą 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, 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;

4.2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy 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;

4.3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Hyundai, podczas gdy cena złożonej oferty Hyundai jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4.4. art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy 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;

4.5. art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy 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 zawinionego poważnego naruszenia przez Hyundai obowiązków zawodowych i nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Hyundai, która skutkowałą zasądzeniem odszkodowania, przy realizacji kontraktu ukraińskiego;

4.6. 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, 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 ustawy Pzp bądź art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp; a w związku z powyższymi zarzutami;

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

4.8. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący podniósł jednocześnie, że na podstawę 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.

W związku z podniesionymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Hyundai jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu;
- 3) wezwania Hyundai do złożenia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy 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 ustawy Pzp;
- 5) odrzucenia oferty Hyundai na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;
- 6) wykluczenia Hyundai z Postępowania;
- 7) wezwania 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.

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

Nadto wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlonowych, 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) 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 powyższe na koszty produkcji pojazdów.

W następstwie powyższego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 27 marca 2019 r. wyrok (sygn. akt KIO 292/19) w przedmiotowej sprawie.

W dniu 25 marca 2019r., przed ogłoszeniem powyższego wyroku, Odwołujący wniósł drugie odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Hyundai Rotem Companyi zaniechaniu odrzucenia oferty Hyundai, pomimo powzięcia przez Zamawiającego informacji o zaistnieniu wobec oferty Hyundai podstaw do jej odrzucenia w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

4.1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Hyundai, która jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zobowiązania Hyundai do dotrzymania wyznaczonych w SIWZ terminów realizacji zamówienia, co wynika z faktu, iż:

a) Hyundai w dniu 13 marca 2019 r. złożył jednoznaczne oświadczenia oraz dokumenty, z których wynika, że Hyundai - jako warunek dochowania przewidzianego w SIWZ terminu dostawy pierwszych pojazdów, a w konsekwencji dla przygotowania i złożenia w Postępowaniu oferty - przyjął w szczególności, że:

- przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej jako „Umowa”) Hyundai:

- (i) wykona zaawansowane czynności w zakresie projektowania pojazdów;
- (ii) dokona uzgodnień z dostawcami strategicznych komponentów;
- (iii) rozpocznie procedurę zamówień komponentów strategicznych;

• przeprowadzi uzgodnienia wymagane w treści SIWZ w sposób ograniczony, niezgodny z postanowieniami Umowy i OPZ;

• dostawa komponentów strategicznych (komponentów o długim czasie oczekiwania) rozpocznie się bezpośrednio po podpisaniu Umowy;

b) zgodnie z treścią SIWZ, po podpisaniu Umowy, niezbędne będzie prze-prowadzenie z Zamawiającym procedury uzgodnień rozwiązań dotyczących produkcji pojazdów, która to procedura będzie miała istotny wpływ i będzie warunkować:

- (i) proces projektowania pojazdów,

(ii) możliwość zamówienia i dostaw komponentów o długim czasie oczekiwania (komponentów strategicznych) - a w konsekwencji, wbrew założeniom Hyundai, nie jest możliwe dopuszczalne (ze skutkiem w postaci przyspieszenia czynności realizacji zamówienia) wykonanie zaawansowanych czynności projektowych i dokonanie zamówień komponentów strategicznych (a tym bardziej ich dostawa) przed podpisaniem Umowy i przeprowadzeniem z Zamawiającym procedury uzgodnień, ani nie jest dopuszczalne pominięcie lub ograniczenie procedury uzgodnień, poprzez narzucenie Zamawiającemu gotowych rozwiązań, dla których Zamawiający zastrzegł w SIWZ obowiązek przeprowadzenia uzgodnień;

4.2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Hyundai, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) Hyundai w dniu 13 marca 2019 r. złożył jednoznaczne oświadczenia oraz dokumenty, z których wynika, że Hyundai - jako warunek dochowania przewidzianego w SIWZ terminu dostawy pierwszych pojazdów, a w konsekwencji dla przygotowania i złożenia w Postępowaniu oferty - przyjął w szczególności, że:

- przed podpisaniem Umowy Hyundai:

- (i)wykona zaawansowane czynności w zakresie projektowania pojazdów;
- (ii)dokona uzgodnień z dostawcami strategicznych komponentów;
- (iii)rozpocznie procedurę zamówień komponentów strategicznych;

- dostawa komponentów strategicznych (komponentów o długim czasie oczekiwania) rozpocznie się bezpośrednio po podpisaniu Umowy;

b) wbrew jednoznacznym postanowieniom SIWZ odnośnie obowiązku przeprowadzenia z Zamawiającym procedury uzgodnień rozwiązań dotyczących produkcji pojazdów (która to procedura będzie miała istotny wpływ i będzie warunkować:

(i) proces projektowania pojazdów,

(ii) możliwość zamówienia i dostaw komponentów o długim czasie oczekiwania (komponentów strategicznych)) Hyundai założył, iż procedura uzgodnień przewidziana przez Zamawiającego w SIWZ zostanie pominięta lub w istotny sposób ograniczona poprzez narzucenie Zamawiającemu gotowych rozwiązań, mimo zastrzeżenia dla nich w SIWZ obowiązku przeprowadzenia uzgodnień z Zamawiającym;

c) Hyundai nie wlicza do ceny oferty kosztów bezpośrednio związanych z wykonaniem zamówienia, a dokonywanych jako działania wyprzedzające (np. projektowanie, zamówienia dodatkowych komponentów o długim okresie oczekiwania, itp.);

4.3. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy 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 nowe okoliczności sprawy, gdzie Hyundai oświadczył w toku postępowania odwoławczego KIO 292/19, że:

a) w cenie ofertowej uwzględnił koszty transportu komponentów i pojazdów na linii Warszawa - zakład produkcyjny w Changwon Korea - Warszawa;

b) dokonał wiążących zamówień i będzie zamawiał komponenty do produkcji tramwajów przed zakończeniem projektu (w tym w fazie koncepcyjnej), gdzie dla przykładu po stronie Zamawiającego leży wybór foteli z dwóch dostępnych modeli, co powoduje, że co najmniej jeden z zamówionych wyprzedzająco foteli jest dodatkowym kosztem oferty;

c) uwzględnił płace minimalne pracowników zatrudnionych na potrzeby produkcji tramwajów;

d) dokonuje czynności wyprzedzającego projektowania i zaawansowanych zamówień na komponenty bez określenia, czy owe koszty uwzględnił w ofercie, czy też zaliczył je np. do kosztów pozyskania rynku europejskiego, co stoi w sprzeczności z zasadami badania ceny pod kątem jej rażącej niskości i narusza zasady uczciwej konkurencji;

e) układ napędowy montowany w zamawianych tramwajach będzie kupował od firmy Medcom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdzie przy jednocześnie zaoferowanym przez Hyundai poziomie zużycia energii wzrost ceny w zakresie zakupu omawianego elementu nie został uwzględniony w cenie oferty Hyundai;

4.4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy 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, a w związku z powyższym zarzutem, nadto zarzuca naruszenie:

4.5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uznanie oferty Hyundai za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu i zaniechanie unieważnienia przedmiotowej czynności, pomimo powzięcia przez Zamawiającego informacji o tym, że oferta Hyundai jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu z Postępowania;

4.6. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący podniósł jednocześnie, że na podstawie podniesionych powyżej 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.

W związku z podniesionymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Hyundai jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu;

3) odrzucenia oferty Hyundai;

4) ewentualnie do zastosowania wobec Hyundai procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i oceny tych wyjaśnień zgodnie z regulacjami ustawy Pzp.

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

Nadto wnosił o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt: KIO 292/19 na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

W odwołaniu Odwołujący oświadczył, że złożył odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp, kierując się uchwałą Sądu Najwyższego.

Wskazał, że zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie, wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2, wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W myśl natomiast uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. (sygn. akt: IIICZP 107/12): „Termin do złożenia odwołania określony w art. 182 ust. 3 p.z.p. rozpocznie zatem swój bieg w dniu, w którym wykonawca uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o podjętych przez zamawiającego zaskarżalnych czynnościach, co do których (uprzednio) zamawiający nie przesłał informacji (art. 182 ust. 1 p.z.p.). Bez znaczenia jest przy tym to, czy czynności, o których uzyskał informację wykonawca należą do kategorii czynności objętych obowiązkiem informacyjnym czy też nie”.

Zwrócił uwagę, że w ww. uchwale Sąd Najwyższy stwierdził także, że „Uzyskania wiadomości, o którym mowa w art. 182 ust. 3 Pr.z.p., nie można ograniczać wyłącznie do uzyskania informacji o dokonanej czynności, lecz należy wiązać również z uzyskaniem informacji o motywach jej podjęcia przez zamawiającego, tylko bowiem przy takim rozumieniu art. 182 ust. 3 Pr.z.p. może w sposób właściwy być realizowane przysługujące wykonawcy prawo do kwestionowania w drodze odwołania czynności podejmowanych przez zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Kierując się brzmieniem ww. uchwały Sądu Najwyższego (jakkolwiek – wskazał Odwołujący - została ona wydana w odmiennych okolicznościach niż zaistniałe w niniejszej sprawie, i w ocenie Odwołującego nie odnosi się bezpośrednio do wniesienia odwołania dot. nieprawidłowego zaniechania czynności przez Zamawiającego), Odwołujący - celem pełnego zabezpieczenia swoich praw w Postępowaniu i dochowując należytej staranności - wywodzi zatem niniejsze odwołanie, którego termin wniesienia został obliczony od dnia, w którym Odwołujący uzyskał informacje o okolicznościach stanowiących jego podstawę faktyczną, tj. od dnia 13 marca 2019 r.

Stwierdził, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę zarzutów niniejszego odwołania Odwołujący powziął dnia 13 marca 2019 r. Tego bowiem dnia wykonawca Hyundai przedstawił (w piśmie procesowym złożonym w sprawie prowadzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt: KIO 292/19) oświadczenia oraz dokumenty świadczące o tym, że oferta złożona przez Hyundai jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji po stronie Hyundai, jak również, że zaoferowana przez Hyundai cena budzi obiektywne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, a w konsekwencji oferta ta winna podlegać odrzuceniu w Postępowaniu.

Zauważył, że w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przez Izbę pod sygn. akt: KIO 292/19 (dotyczące tego samego postępowania o udzielenie zamówienia co w niniejszym przypadku) przedmiot rozpoznania Izby stanowiło m.in. zaniechanie Zamawiającego wezwania Hyundai do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający, pomimo ciążącego na nim w tym zakresie obowiązku, nie wezwał Hyundai do takich wyjaśnień, które skutkowałyby ujawnieniem przez Hyundai planowanego sposobu realizacji zamówienia, z dochowaniem terminów realizacji przewidzianych w SIWZ.

Wyjaśnił, że toku przywołanego wyżej postępowania odwoławczego Hyundai przedłożył samodzielnie dokumenty i oświadczenia odnoszące się do tych kwestii (jakkolwiek nie w sposób kompletnie wyczerpujący procedurę wynikającą z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

W ocenie Odwołującego, poprzez te dokumenty i oświadczenia Hyundai ujawnił nowe, nieznane wcześniej informacje o tym, jak zamierza realizować zamówienie objęte Postępowaniem i jakie założenia bądź działania poczynił w tym zakresie, celem dochowania przewidzianych przez Zamawiającego terminów realizacji zamówienia.

Powzięcie powyższych informacji winno być zatem – w przekonaniu Odwołującego - skutkować po stronie Zamawiającego unieważnieniem czynności wyboru oferty Hyundai jako najkorzystniejszej, dokonaniem ponownego badania i oceny oferty Hyundai z uwzględnieniem ww. informacji i w konsekwencji odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp lub wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Tym samym zatem – wedle stanowiska Odwołującego - należy uznać, że od dnia 13 marca 2019 Zamawiający znajduje się w zwłoce z dokonaniem czynności. Mając powyższe na uwadze, termin na wniesienie niniejszego odwołania obliczany jest jako 10 dni od dnia 13 marca 2019 r., zgodnie z treścią art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Jako że ostatni dzień tego 10-dniowego terminu przypadał na dzień 23 marca 2019 r. (sobota), w myśl art. 185 ust. 8 ustawy Pzp termin na wniesienie niniejszego odwołania upływał następnego dnia po dniach wolnych od pracy, tj. w dniu 25 marca 2019 r.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł odwołanie – według niego - z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej, Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 1, pkt.3, pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art.180 ust.1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał czynności Zamawiającego, która została zaskarżona odwołaniem.

Podobnie, Izba odniosła się do braku wykazania przez Odwołującego zaniechania czynności do, której Zamawiający był zobowiązany.

Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający w okresie toczącego się postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest zobowiązany do podejmowania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do czasu wydania rozstrzygnięcia przez KIO.

Nie uszło uwadze Izby, że Odwołujący powołując się na treść przepisu art.182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp zupełnie pominął fakt, że zgodnie z brzmieniem tego przepisu odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Powyższy przepis odnosi się do innych czynności, a nie do sytuacji powzięcia przez jednego uczestnika przetargu w toku postępowania odwoławczego nowych wiadomości dotyczących oferty konkurenta.

Stosownie do przepisu art.180 ust.1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Powyższy przepis określa wyłączne przesłanki do wniesienia odwołania, stanowiąc, że wykonawca ma prawo wnieść odwołanie jedynie od:

1)czynności Zamawiającego, lub

2)zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Przy czym powyższe czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy muszą być niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Według zapatrywania Izby Odwołujący w istocie zmierza do obejścia przepisów dotyczących dopuszczalności wniesienia odwołania, o których mowa w powołanym wyżej przepisie art.180 ust.1 ustawy Pzp, jak również przesłanek do jego odrzucenia określonych w art.189 ust.2 ustawy Pzp.

Z powyższych względów Izba uznała, że nie może mieć zastosowania przepis art.182 ust.3 pkt. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których

wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, bowiem nie było żadnej czynności (zaniechania) Zamawiającego.

Przyjmując, że Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie w warunkach jego niedopuszczalności w związku z art.180 ust.1 ustawy Pzp, Izba uznała, że zaistniała podstawa prawna do odrzucenia odwołania na zasadzie art.189 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy – w omawianym przypadku jest to art.180 ust.1 ustawy Pzp.

Izba zważyła również, że w sprawie tej Zamawiający rzeczywiście dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz miało to miejsce w dniu 8 lutego 2019 r. i czynność ta została już przez Odwołującego zaskarżona odrębnym odwołaniem, a w sprawie tej został już wydany wyrok (sprawa została rozstrzygnięta co do meritum).

Według Izby Odwołujący, już na etapie przeglądu oferty konkurenta, a następnie po zapoznaniu się z powyższą czynnością Zamawiającego dotyczącą wyboru najkorzystniejszej oferty miał możliwość sformułowania zarzutów odwołania, z czego już skorzystał wnosząc w dniu 18 lutego 2019 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 292/19.

W związku z tym Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie aktualizuje się rzymska zasada ne bis in idem (zakaz orzekania dwa razy w tej samej sprawie) i zachodzi res iudicata (powaga rzeczy osądzonej), a wobec tego niedopuszczalne jest podważanie przez Izbę wyroku w sprawie KIO 292/19.

Konsekwentnie, stwierdzając, że Odwołujący wniósł już odwołanie w dniu 18 lutego 2019r., z zachowaniem terminu ustawowego, stwierdzić należy, że terminu nie dochowano przy obecnym odwołaniu wniesionym w dniu 25 marca 2019 r., co potwierdza prezentata Izby znajdująca się na tym dokumencie.

Stosownie do przepisu art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie .

W związku z tym, Izba stwierdziła, że Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 25 marca 2019 r., to jest po upływie terminu ustawowego, co potwierdza prezentata Izby znajdująca się na tym dokumencie, podczas gdy upływ 10 dniowego terminu prawem przewidzianego liczonego od dnia 8 lutego 2019 r.(data czynności wyboru najkorzystniejszej oferty) nastąpił w dniu 18 lutego 2019 r.

Stosownie do przepisu art.189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Kolejną z podstaw prawnych uzasadniających odrzucenie odwołania jest przepis art. 189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Izba ustaliła, że zarówno w pierwszym, jak i w obecnie rozpoznawanym odwołaniu istotą sporu były te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Okoliczności te dotyczą w szczególności treści oferty i domniemanej rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy konkurencyjnego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....

.....

.....