Sygn. akt: KIO 1646/11

POSTANOWIENIE
z dnia 9 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Dolnośląskie S.A., 59-220 Legnica, ul. Wojska Polskiego 1 / lok. 5**

przy udziale wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Legnicy.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1646/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa pięciu fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT)". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 listopada 2011 r. pod numerem 2010/S 219-336431.

W dniu 1 sierpnia 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z dnia 21 lipca 2011 r., polegającą na wyborze oferty NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu przetargowym, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:
1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia;
2) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty NEWAG S.A. z naruszeniem ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych;

3) naruszenie § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej jako „rozporządzenie" (Dz.U. Nr 226, poz. 1817 z późn. zm) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty NEWAG S.A. w oparciu o referencje wystawione dla tego wykonawcy przez ING Lease Sp. z o.o., podczas gdy ten dokument prywatny nie może być uznany za dokument potwierdzający należyte wykonanie dostaw co najmniej 3 EZT przez NEWAG S.A. i tym samym nie potwierdza posiadania przez tego wykonawcę odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, o którym stanowi art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem powszechnie w branży wiadome jest, iż ten list referencyjny związany jest z utworzonym przez te podmioty konsorcjum dla realizacji zamówienia dla SKM Sp. z o.o., a zamówienie to zostało wykonane w sposób nienależyty;
4) naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez niewezwanie wykonawcy NEWAG S.A. do złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia w dostawie co najmniej 3 sztuk EZT oraz niewezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie listu referencyjnego wystawionego dnia 06.09.2010 r. przez ING Lease Sp. z o.o. w zakresie należytego wykonania zobowiązania, polegającego na dostawie 4 sztuk EZT, albowiem NEWAG S.A. nie świadczył dostaw na rzecz ING Lease Sp. z o.o., zaś podmioty przedmiotowe pojazdy dostarczały wspólnie w ramach konsorcjum na rzecz SKM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

5) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. z postępowania mimo, iż złożył on nieprawdziwe informacje odnoszące się do posiadanej wiedzy i doświadczenia, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania i skutkowały wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o: unieważnienie decyzji Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania NEWAG S.A. jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska podaje, iż w dniu 21.07.2011 r. Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.06.2011 (sygn. akt KIO 1278/11) unieważnił czynność wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy NEWAG S.A. i odrzucenia jego oferty (1), unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego (2), powtórzył czynność badania i oceny złożonych ofert z udziałem oferty NEWAG S.A. (3) oraz dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty NEWAG S.A. (4). Zdaniem Odwołującego, zasadność podjęcia przez Zamawiającego czynności wskazanych w pkt 1-3 nie może budzić wątpliwości, mając na uwadze wyrok KIO z dnia 30.06.2011 r., o tyle wybór jako najkorzystniejszej oferty NEWAG S.A. nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, iż dla wykazania wymaganego doświadczenia Zamawiający sformułował w pkt VI pkt. 1.2 SIWZ obowiązek wylegitymowania się przez wykonawców doświadczeniem, iż „dostarczyli nie mniej niż 3 fabrycznie nowe EZT o łącznej wartości nie mniejszej niż 36.000.000,00 zł brutto (słownie: trzydzieści sześć milionów złotych 00/100), których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, wydane na czas nieokreślony lub określony przez UTK lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej lub państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h. Ocena spełniania powyższego warunku wymaganego od Wykonawców zostanie dokonana na podstawie przedłożonych dokumentów według formuły spełnia - nie spełnia".

Tak sformułowanego wymogu wykazania się doświadczeniem NEWAG S.A. nie spełnia. Odwołujący stwierdza, iż Wykonawca ten w przedmiotowym postępowaniu przetargowym powołuje się wyłącznie na rzekome doświadczenie zdobyte w dostawie 4 fabrycznie nowych EZT dla ING Lease Sp. z o.o. w dniach 19.08.2009 r. - 18.06.2010 r. o łącznej wartości 65.148.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie tej okoliczności do oferty NEWAG S.A. załączony został list referencyjny wystawiony przez ING Lease Sp. z o.o. w dniu 06.09.2010 r.

Odwołujący wskazuje, iż pojazdy, o których mowa w ww. liście referencyjnym nie zostały zamówione przez ING Lease Sp. z o.o. u wykonawcy NEWAG S.A., lecz zostały zamówione przez Szybką Kolej Miejską Sp. z o.o., na podstawie umowy leasingu finansowego nr 721950-

2G-0 z dnia 19.09.2009 r. Stronami ww. umowy są Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz konsorcjum Spółek ING Lease Sp. z o.o. i NEWAG S.A. Umowa ta nie przewiduje podziału zadań pomiędzy ING Lease Sp. z o.o. i NEWAG S.A., lecz wszelkie czynności wobec SKM Sp. z o.o. podmioty te spełniają łącznie. Zatem dostawa (finansowanie) 4 elektrycznych zespołów trakcyjnych wykonana została nie przez NEWAG S.A. na rzecz ING Lease Sp. z o.o., lecz przez konsorcjum ING Lease Sp. o.o. i NEWAG S.A. na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. Nie sposób jest mówić o dokonywaniu dostaw pomiędzy członkami konsorcjum, za które możliwe jest wzajemne wystawianie referencji należytego wykonania umowy przez członków tego konsorcjum. Jeżeli NEWAG S.A. chciałby się wykazać doświadczeniem w dostawie przedmiotowych 4 sztuk EZT to powinien legitymować się referencjami wystawionymi przez SKM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako odbiorcy końcowego tych pojazdów, wobec którego członkowie konsorcjum, stosownie do art. 141 ustawy Pzp, ponoszą odpowiedzialność solidarną. Jednak NEWAG S.A. nie ma takiej realnej możliwości, gdyż wedle najlepszej wiedzy Odwołującego NEWAG S.A. (jaki i ING Lease Sp. z o.o.) nie posiada referencji należytego wykonania umowy względem SKM Sp. z o.o., gdyż pojazdy zostały dostarczone z opóźnieniem. Nie można zatem uznać, iż zamówienie publiczne względem SKM Sp. z o.o. zostało wykonane w sposób należyty.

Powoływanie się zatem przez NEWAG S.A. na referencje udzielone temu wykonawcy przez ING Lease Sp. z o.o. stanowi próbę obejścia przepisów nakazujących wykazanie się przez wykonawców niezbędną wiedzą i doświadczeniem. Zamiast wykazania się doświadczeniem w należytym wykonaniu zamówienia wobec podmiotów trzecich, członkowie konsorcjum w niedopuszczalny sposób wystawiają sobie wzajemnie referencje.

Uznanie, że prawidłowe jest posługiwanie się przez NEWAG S.A. listem referencyjnym wystawionym przez ING Lease Sp. z o.o. może doprowadzić do niedopuszczalnej sytuacji, iż w związku z dostawą tych samych pojazdów ewentualnym listem referencyjnym wystawionym tym razem przez SKM Sp. z o.o. może posługiwać się ING Lease Sp. z o.o. oraz NEWAG S.A. Posługiwanie się przez NEWAG S.A. przedmiotowym listem referencyjnym byłoby dopuszczalne, gdyby pojazdy te zostały następnie dostarczone do SKM Sp. z o.o. samodzielnie przez ING Lease Sp. z o.o., które nie działałoby w konsorcjum z NEWAG S.A. Wystawiając list referencyjny ING Lease Sp. z o.o. sprowadziło udział NEWAG S.A. w postępowaniu prowadzonym przez SKM Sp. z o.o. do roli podwykonawcy, którym NEWAG S.A. nigdy nie był, lecz był równoprawnym członkiem konsorcjum.

Odwołujący podnosi również, że zgodnie z § 12 ust. 1 umowy leasingu finansowego nr 721950-2G-0 z dnia 19.09.2009 r. pojazdy dostarczane na rzecz SKM Sp. z o.o. stanowią własność finansującego (a więc konsorcjum NEWAG S.A. oraz ING Lease Sp. z o.o.) przez cały czas trwania tej umowy. Nie sposób jest zatem uznać, iż wcześniej pojazdy te zostały dostarczone przez NEWAG S.A. na rzecz ING Lease Sp. z o.o., gdyż nie byłyby wówczas już

---

własnością NEWAG SA, lecz prawo własności przeszłoby na nabywcę, czyli ING Lease Sp. z o.o. W związku z tym NEWAG S.A. nie byłby już właścicielem 4 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych. Pozostaje to w sprzeczności z § 12 ust. 1 umowy leasingu finansowego, który stanowi, że pojazdy są własnością zarówno NEWAG S.A., jak i ING Lease Sp. z o.o.

Odwołujący podnosi, iż list referencyjny wystawiony przez ING Lease Sp. z o.o. jest dokumentem prywatnym w rozumieniu art. 245 k.p.c. Oznacza to, że nie korzysta on z domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nim zawartych. Dopuszczalne jest więc kwestionowanie ich merytorycznej zawartości. Zamawiający nie dokonał zaś weryfikacji listu referencyjnego pod kątem formalnoprawnym, lecz błędnie uznał, że taki list jest dopuszczalny i może stanowić dowód posiadania niezbędnego doświadczenia.

Z ostrożności Odwołujący podnosi również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegający na posłużeniu się przez NEWAG S.A. w postępowaniu oświadczeniem ING Lease sp. z o.o. o należycie wykonanej umowie dostawy, podczas gdy z informacji publicznie dostępnych wiadomo, że konsorcjum ING Lease sp. z o.o. oraz NEWAG S.A., które wspólnie wykonywały dostawy na rzecz SKM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wykonały tę umowę dostawy nienależycie. Okoliczność ta stanowi podstawę do twierdzenia, że NEWAG S.A. również nienależycie dostarczał pojazdy do ING Lease sp. z o.o. dlatego, że nie ma racjonalnego uzasadnienia dla twierdzenia, że warunki dostaw, zawarte w umowie konsorcjum podmiotów, zawiązanej na potrzeby realizacji dostaw dla SKM sp. z o.o. w Warszawie były korzystniejsze dla producenta pojazdów niż oczekiwania ich wspólnego odbiorcy zawarte w umowie nr 721950-2G-0.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający wymagał wykazania, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonawca, dostarczył nie mniej niż 3 fabrycznie nowe EZT o łącznej wartości nie mniejszej niż 36 000 000,00 zł brutto (słownie: trzydzieści sześć milionów złotych 00/100), których świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, wydane na czas nieokreślony lub określony przez UTK lub równorzędny urząd w Unii Europejskiej lub państwie, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców dopuszcza pojazd do eksploatacji z prędkością 160 km/h.

Dokonana pierwotnie przez Zamawiającego ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania wymaganego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji, została zakwestionowana przez wykonawcę NEWAG S.A. w drodze odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w wyniku czego wyrokiem z dnia 30.06.2011 r. (sygn. akt KIO 1278/11), Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego. Pozostałe czynności Zamawiającego zostały utrzymane w mocy. Odwołujący – PESA, w następstwie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, był uczestnikiem ww. postępowania odwoławczego. W toku postępowania odwoławczego wykonawca PESA, występujący w charakterze Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznał ocenę dokonaną przez Zamawiającego za prawidłową – wykluczenie NEWAG S.A. z powodu braku rzeczonego świadectwa. Przystępujący nie kwestionował natomiast czynności Zamawiającego, które stanowią podstawę wniesienia niniejszego odwołania, mimo, iż ocena spełniania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę NEWAG S.A. w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu była znana wszystkim uczestnikom postępowania.

W toku postępowania odwoławczego kwestionowana była jedynie ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy w zakresie posiadania przez EZT w chwili ich dostawy świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z prędkością do 160 km/h. żaden z wykonawców, w tym PESA, nie podnosił natomiast w stosunku do podjętych przez Zamawiającego czynności oceny złożonych ofert, zarzutu dotyczącego referencji wystawionych przez ING Lease sp. z o.o., ani ewentualnego złożenia przez wykonawcę NEWAG S.A. nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Wystawione referencje, ani fakt realizacji zadania na rzecz ING Lease sp. z o.o. nie były również kwestionowane przez Zamawiającego.

Dokument kwestionowany w niniejszym postępowaniu odwoławczym był dołączony do oferty NEWAG S.A. i znany wykonawcom.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Podniesione w niniejszym odwołaniu zarzuty w zakresie:

a) zaniechania wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,

b) zaniechania wezwania wykonawcy NEWAG S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

c) naruszenia §1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty w oparciu o list referencyjny będący dokumentem prywatnym, który nie może potwierdzać należytej realizacji dostaw przez NEWAG S.A.,

d) naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, należy uznać za spóźnione. Tym samym odwołanie należy uznać za

wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, bowiem okoliczności faktyczne, stanowiące podstawę sformułowanych przez Odwołującego zarzutów, zostały zakwestionowane po upływie

zawitego terminu.

Zgodnie bowiem z przepisem 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 art. 27 ust. 2 Pzp, 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 art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący powziął wiadomość o ocenie spełniania przez NEWAG S.A. warunków udziału w postępowaniu dnia 06.06.2011 r. Skoro zatem Zamawiający nie kwestionował, po dokonaniu oceny, okoliczności związanych z możliwością wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, na podstawie referencji, wystawionej przez ING Lease sp. z o.o., ani nie wykluczył wykonawcy NEWAG S.A. ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu albo złożenie nieprawdziwych informacji, nie budzi wątpliwości, iż wiedzę na temat zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu NEWAG S.A., ze względu na powołane w niniejszym odwołaniu okoliczności, Odwołujący powziął już w dniu 06.06.2011 r.

Tym samym, termin na wniesienie odwołania, z powodu przyczyn, stanowiących podstawę niniejszego odwołania, rozpoczął bieg od dnia 06.06.2011 r. Odwołujący więc, jeśli chciał podważać przedmiotowe referencje, winien był najpóźniej w dniu 16.06.2011 r. wnieść odwołanie. Zarzuty podniesione w niniejszym odwołaniu należy zatem uznać za spóźnione.

Z zasady kumulacji postępowania odwoławczego, stanowiącej podstawę konstrukcji systemu środków ochrony prawnej na gruncie obowiązujących przepisów Pzp, wynika konieczność podniesienia wszystkich zarzutów wobec danej czynności zamawiającego w jednolitym terminie liczonym od daty powzięcia wiadomości o dokonaniu tych czynności. Okoliczności związane z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy NEWAG S.A. ze względu na podniesione w niniejszym odwołaniu okoliczności, Odwołujący powinien był podnieść w terminie 10 dni od powzięcia wiadomości o zaniechaniu wykluczenia NEWAG S.A. ze względu na te okoliczności, co nastąpiło w chwili przesłania Odwołującemu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. w dniu 06.06.2011 r. wraz z podaniem okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wykluczenie wykonawcy NEWAG S.A. Tym bardziej, że w chwili otrzymania zawiadomienia wykonawca PESA posiadał już pełną wiedzę na temat treści ofert złożonej przez NEWAG S.A., w tym referencji wystawionych przez ING Lease sp. z o.o., albowiem udostępnienie protokołu postępowania wraz z ofertami nastąpiło dnia 18.04.2011 r.

Przyjęcie przeciwnego stanowiska oznaczałoby, iż ocena ofert może być rozłożona w czasie, bowiem wykonawcy mają możliwość kwestionowania działań lub zaniechań Zamawiającego, jedynie w razie wystąpienia takiej potrzeby. Twierdzenia powyższe nie wynikają z żadnych przepisów i są nie do zaakceptowania zarówno w świetle zasady kumulacji środków

---

odwoławczych w postępowaniu oraz z perspektywy przepisu art. 179 ustawy Pzp. Wykonawca, który ma interes w wykonaniu danego zamówienia może korzystać ze środków ochrony prawnej w terminach określonych w ustawie Pzp. Fakt, iż Zamawiający pierwotnie wykluczył NEWAG S.A. z postępowania nie dawało Odwołującemu gwarancji, że wybór ten zostanie utrzymany w mocy, bowiem podlegał kontroli. Tak więc wykonawca, chcąc uzyskać zamówienie, ma interes w tym, aby czynność zamawiającego, odnoszącą się do jego konkurentów, kwestionować i to z powodu wszystkich przyczyn, które świadczą o jej wadliwości.

Uznanie, że po wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, w wyniku czego Zamawiający : a) unieważnił czynność wykluczenia wykonawcy NEWAG Spółka Akcyjna z udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez NEWAG Spółka Akcyjna oferty; b) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;c) powtórzył czynności badania i oceny złożonych ofert z udziałem wykonawcy NEWAG Spółka Akcyjna; d) dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, z ceną netto: 81 300 000,00 zł, brutto: 99 999 000,00 zł, okresem gwarancji producenta: 48 miesięcy - jednakowym dla każdego EZT będącego przedmiotem niniejszego postępowania; e) wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcę STADLER BUSSNANG AG na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp ze względu na nie wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, czego następstwem było uznanie oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, możliwe jest dalsze kwestionowanie oferty NEWAG S.A.., oznaczałoby w istocie zgodę na przywrócenie terminu do wniesienia odwołania z przyczyn, które znane były wykonawcom na etapie pierwotnej oceny ofert. Tymczasem instytucja przywrócenia terminu zawitego nie jest znana ustawie.

Podkreślenia wymaga, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przez

NEWAG S.A. została skutecznie zakwestionowana, wykazano bowiem, iż NEWAG S.A. posiada wymagane świadectwo. Pozostałe czynności Zamawiającego zostały utrzymane w mocy. W wyniku ponownej oceny złożonych ofert Zamawiający nie dokonywał żadnych nowych czynności poza tymi, które zostały nakazane wyrokiem KIO z dnia 30.06.2011 r. Ocena ofert w pozostałym zakresie - niezakwestionowanym w postępowaniu odwoławczym - w tym ocena referencji wystawionych przez ING Lease sp. z o.o. pozostała bez zmian, co dowodzi, iż zarzuty podniesione w niniejszym odwołaniu są spóźnione.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności nie budzi wątpliwości, iż w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Natomiast brak przesłanek do odrzucenia odwołania, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem odwołanie wniesione przez wykonawcę PESA nie dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (wybór oferty najkorzystniejszej jest kwestionowany w innym aspekcie).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: ……