

Sygn. akt: KIO 558/18
Sygn. akt: KIO 574/18

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca Agata Mikołajczyk

Członkowie: Luiza Łamejko

Bartosz Stankiewicz

Protokolant:

Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 kwietnia i 20 kwietnia 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawcę - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (KIO 558/18);

B. w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawcę - Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa (KIO 574/17);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

A. przy udziale wykonawcy Hyundai Rotem Company Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, Changwondaero 488 (Daewon-dong), Korea Południowa

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 558/18 po stronie zamawiającego,

B. przy udziale wykonawcy Skoda Transportstion a.s., z siedzibą w Pilźnie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 558/18 i o sygn. akt: KIO 574/18 po stronie zamawiającego,

C. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Środzie Wielkopolskiej zgłaszających przystąpienie do postępowania

odwoławczego o sygn. akt: KIO 574/18 po stronie zamawiającego,

D. przy udziale wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 574/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie wykonawcy - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy o sygn. akt: KIO 558/18;

2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy - Hyundai Rotem Company z siedzibą w Korei Południowej o sygn. akt: KIO 574/18 i nakazuje zamawiającemu (1) unieważnić czynność unieważnienia postępowania oraz czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz nakazuje zamawiającemu (2) ponowną ocenę oferty wykonawcy Hyundai Rotem Company z siedzibą w Korei Południowej z zastosowaniem procedury określonej art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W pozostałym zakresie zarzuty tego odwołania nie podlegają uwzględnieniu;

3. Kosztami postępowania obciąża:

3.1. w sprawie o sygn. akt: KIO 558/18: wykonawcę - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy kwotą 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) i zalicza:

a) w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

b) zasądza od wykonawcy na rzecz zamawiającego - Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. w sprawie o sygn. akt: KIO 574/18: zamawiającego - Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zasądza na rzecz wykonawcy - Hyundai Rotem Company z siedzibą w Korei Południowej kwotą 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 558/18
Sygn. akt: KIO 574/18

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz.1579 ze zm.), (ustawa Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie Łodzi, którego przedmiotem jest „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych”. Nr referencyjny: znak DNZ/58/2016. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2017 r., nr ogłoszenia: 2017/S 027-048251.

Odwołujący - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna [wykonawca PESA] stwierdził, że wnosi odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego prowadzących do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechania udzielenia zamówienia Odwołującemu, który złożył w

Postępowaniu ofertę najkorzystniejszą. Stwierdził ponadto, że (...) posiada interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia. Oferta Odwołującego, wskutek przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, okazała się bowiem być jedyną prawidłową, niepodlegającą odrzuceniu ofertą złożoną w Postępowaniu. Gdyby zatem Zamawiający nie dopuścił się naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów i nie unieważnił Postępowania, zamówienie w niniejszej sprawie udzielone zostałoby PESA. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów, Odwołujący ponosi zatem szkodę wskutek nieuzyskania zamówienia". Zaskarżonym czynnościom Odwołujący w pkt 4 odwołania zarzucił naruszenie (...):

4.1. art. 92 ust. 1 pkt 7) PZP oraz art. 93 ust. 3 pkt 2) PZP w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 9 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przedstawienia uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia o unieważnieniu Postępowania w zakresie przesłanki braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty PESA, pomimo ustawowo nałożonego na Zamawiającego obowiązku w tym zakresie, a w konsekwencji naruszenie zasady jawności, pisemności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia oraz uniemożliwienie Odwołującemu zapoznanie się z okolicznościami faktycznymi stanowiącymi podstawę podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu Postępowania w zakresie braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia; pośrednio świadczy to również o braku podjęcia przez Zamawiającego działań, mających na celu zwiększenie ww. kwoty, warunkujących dopuszczalność unieważnienia Postępowania;

4.2. art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez nieuzasadnione unieważnienie przez Zamawiającego Postępowania z powołaniem na fakt, że cena oferty PESA przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia i jednocześnie Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty PESA, podczas gdy w rzeczywistości nie zostały spełnione przesłanki unieważnienia Postępowania określone w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP, w szczególności z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, że Zamawiający posiada możliwość sfinansowania zamówienia po cenie oferowanej w Postępowaniu przez PESA oraz mógł i powinien zwiększyć kwotę podaną jako przeznaczona na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty PESA;

4.3. art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 26 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 PZP oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu, mimo iż oferta PESA była jedyną prawidłową, niepodlegającą odrzuceniu, ofertą złożoną w Postępowaniu, a wobec braku zaistnienia przesłanek unieważnienia Postępowania oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą, zaś zamówienie winno zostać udzielone Odwołującemu".

W związku z podniesionymi zarzutami, wniośł w pkt 5 odwołania o:

5.1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (a) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania; (b) zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego; (c) wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 PZP; (d) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

5.2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

5.3. Odwołujący wniośł także o:

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

b) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia informacji, wraz z potwierdzającą je dokumentacją, o wysokości dofinansowań uzyskanych przez Zamawiającego w związku z zamówieniem objętym Postępowaniem, jak również o wysokości dofinansowań, o których udzielenie Zamawiający ewentualnie ubiega się bądź zamierza się ubiegać w celu sfinansowania zamówienia objętego Postępowaniem.

W punkcie 6 odwołania w jego uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

6.1. W ramach wszczętego przez Zamawiającego Postępowania zostało złożonych 5 ofert:

- a) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stadler Polska sp. z o.o., Solaris Bus & Coach S.A. oraz Solaris Tram sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum Stadler);
- b) oferta wykonawcy Hyundai Rotem Company (dalej jako Hyundai);
- c) oferta wykonawcy Skoda Transportation a.s. (dalej jako Skoda);
- d) oferta Odwołującego;
- e) oferta wykonawcy Alstom Konstal S.A. (dalej jako Alstom).

6.2. Zamawiający w trakcie otwarcia ofert podał, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 2.323.057.581 zł brutto,

w tym:

- a) na sfinansowanie zamówienia podstawowego Zamawiający zamierza przeznaczyć 1.356.013.500 zł brutto oraz
- b) na sfinansowanie zamówienia w części objętej prawem opcji Zamawiający zamierza przeznaczyć 967.044.081 zł brutto.

Dowód: protokół z otwarcia ofert z dnia 19 maja 2017 r. (w aktach Postępowania)

6.3. W toku badania i oceny ofert, Zamawiający dokonał poprawienia omyłek w ofertach wykonawców, w tym m.in. w ofercie PESA. Na skutek dokonanych czynności poprawienia omyłek w zakresie oferty PESA, cena oferty PESA wyniosła łącznie 2.725.774.896,35 zł brutto, w tym:

- a) cena za zamówienie podstawowe (z wyłączeniem napraw powypadkowych) wyniosła 1.582.237.337,37 zł brutto,
- b) cena za część zamówienia objętą prawem opcji (z wyłączeniem napraw powypadkowych) wyniosła 1.091.056.230,78 zł brutto,
- c) cena za naprawy powypadkowe (łącznie za zamówienie podstawowe oraz część zamówienia objętą prawem opcji) wyniosła 52.481.328,20 zł brutto.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21 lipca 2017 r., nr DNZ.261- 58.2785.2017. wraz z załącznikiem (poprawionym Formularzem Oferty) (w aktach Postępowania).

6.4. W dniu 11 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o:

- a) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Skoda;
- b) odrzuceniu ofert wykonawców Konsorcjum Stadler i Alstom;
- c) unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2017 r., nr DNZ.261-58.3032.2017 (w aktach Postępowania).

6.5. Na powyższe rozstrzygnięcie odwołanie wnieśli wykonawcy Konsorcjum Stadler (sygn. akt: KIO 1745/17) oraz Hyundai (sygn. akt: KIO 1746/17). Na skutek przeprowadzonego postępowania odwoławczego, w dniu 27 lutego 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok uwzględniający obydwa odwołania i nakazujący Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania dokonanej na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP;

- b) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Skoda;
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- d) odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP oferty Skoda.

6.6. W dniu 16 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu o czynnościach Zamawiającego. Zgodnie z doręczonym pismem Zamawiającego z dnia 16 marca 2018 r. (nr DWZ.261.58.864.2018), Zamawiający:

- a) unieważnił czynność unieważnienia Postępowania, dokonaną na podstawie pisma Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2017 r. (nr DNZ.261-58.3031.2017.OJ);
- b) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy
- c) Skoda;
- d) powtórzył czynność badania i oceny ofert i:
 - i. odrzucił ofertę wykonawcy Skoda na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP;
 - ii. unieważnił czynność poprawy omyłek w Formularzu Cenowym Szkoleń wykonawcy Hyundai oraz czynność uwzględnienia konsekwencji tej poprawy dokonane w Formularzu Oferty wykonawcy Hyundai;
 - iii. odrzucił ofertę wykonawcy Hyundai na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP;
 - iv. podtrzymał w mocy czynności odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Stadler oraz Alstom na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP;
- e) unieważnił Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 16 marca 2018 r., nr DWZ.261.58.865.2018 (w aktach Postępowania)

6.7. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP Zamawiający podał, że: „Wskutek dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert pozostała w postępowaniu wyłącznie oferta Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna (ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz). Cena tej oferty (wynosząca po poprawieniu omyłek 2 725 774 896,35 zł brutto) przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (tj. kwotę 2 323 057 581 zł brutto) i jednocześnie Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny tej oferty. W obecnej sytuacji bezprzedmiotowym byłoby dokonanie czynności wezwania do złożenia dokumentów tego Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wobec ziszczenia się przestanki unieważnienia postępowania już na tym etapie.” Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 16 marca 2018 r.,

nr DWZ.261.58.865.2018 (w aktach Postępowania)

6.8. W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego czynność unieważnienia Postępowania, oraz zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 PZP, a następnie wyboru oferty Odwołującego, jest niezgodna z przepisami PZP.

W punkcie 7: „Uzasadnienie zarzutów” wskazał następujące okoliczności:

7.1. [uzasadnienie zarzutu z pkt. 4.1 odwołania - zaniechanie uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia o unieważnieniu Postępowania].

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 7) PZP oraz art. 93 ust. 3 pkt 2) PZP, zamawiający, informując wykonawców o unieważnieniu postępowania, zobowiązany jest przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne tego rozstrzygnięcia. Tym samym, wobec podania w niniejszej sprawie przez Zamawiającego, iż podstawę prawną unieważnienia Postępowania stanowi art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP, Zamawiający - przedstawiając uzasadnienie faktyczne tej decyzji - zobowiązany był odnieść się do każdej z przesłanek unieważnienia Postępowania przewidzianych w art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP, których jedynie łączne zaistnienie uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania, tj.:

- a. cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą

zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

b. jednocześnie brak jest możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowej sprawie, Zamawiający - informując o unieważnieniu Postępowania - wskazał na zaistnienie pierwszej z ww. przesłanek (która stanowi fakt bezsporny). Natomiast w zakresie drugiej z przesłanek, Zamawiający podał jedynie, że „nie może zwiększyć tej kwoty [którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia] do ceny tej oferty [oferty PESA]”. W istocie zatem Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego co do drugiej z przesłanek unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP, a de facto jedynie przytoczył brzmienie tego fragmentu przepisu, co jednak nie może być uznane za działanie prawidłowe i zgodne z wymogami postawionymi w 92 ust. 1 pkt 7) PZP oraz art. 93 ust. 3 pkt 2) PZP, jak również z zasadami jawności, przejrzystości i pisemności wyrażonymi w art. 7 ust. 1 PZP, art. 8 ust. 1 PZP i art. 9 ust. 1 PZP. Podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, co obliuguje Zamawiającego do przedstawienia konkretnych okoliczności faktycznych, jakie stały się podstawą podjęcia przez Zamawiającego określonych decyzji - w tym przypadku decyzji o unieważnieniu postępowania. Te konkretne okoliczności faktyczne powinny być przy tym wyartykułowane w formie pisemnej, zgodnie z obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadą pisemności. Na Zamawiającym spoczywa obowiązek prowadzenia postępowania w taki sposób, aby wykonawcy - działający w zaufaniu do racjonalności postępowania Zamawiającego - mieli pełną wiedzę zarówno co do podstaw prawnych, jak i faktycznych decyzji przez niego podejmowanych, oraz mieli zapewnioną możliwość weryfikacji legalności działań Zamawiającego. Opisany wyżej brak uniemożliwia natomiast Odwołującemu poznanie rzeczywistych motywów podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu Postępowania, w tym okoliczności faktycznych świadczących, że: a) Zamawiający poczynił stosowne działania zmierzające do ustalenia, czy możliwe jest zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny zaofiarowanej przez PESA, zarówno w zakresie kwoty całkowitej, jak i kwot przewidzianych dla Zamawiającego odrębnie na część podstawowa zamówienia, jak i część zamówienia objęta prawem opcji; b) wskutek przeprowadzenia ww. działań stwierdzono, że nie ma obiektywnie możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia w którymkolwiek z powyższych zakresów. Przyjęcie, jakoby Zamawiający nie miał obowiązku podawania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego braku możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia, prowadziłoby w istocie do wniosku, że wykonawcom w tym zakresie nie przysługują środki ochrony prawnej z uwagi na brak informacji faktycznych, które mogłyby być kwestionowane i skarżone przez wykonawcę, a takiego stanowiska nie można uznać za prawidłowe (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1878/17).

Odwołujący nadto podnosi, że brak pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu Postępowania co do braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, pośrednio świadczy o tym, że Zamawiający nie podał działań mających na celu zwiększenie ww. kwoty, warunkujących możliwość unieważnienia Postępowania, co tym bardziej potwierdzałoby, że decyzja o unieważnieniu Postępowania była nieuprawniona.

7.2. [uzasadnienie zarzutu z pkt. 4.2 odwołania - nieuzasadnione unieważnienie Postępowania].

Poprzez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający przyjmuje na siebie zobowiązanie do zawarcia umowy na warunkach wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ), uzupełnionych o warunki wynikające z oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym, Zamawiający może unieważnić postępowanie (a tym samym wycofać się z opisanego zobowiązania), jedynie w enumeratywnie określonych w przepisach PZP okolicznościach, w tym w sytuacji określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP. Zgodnie natomiast z tym przepisem, jak wskazano powyżej, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że niewystarczające do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP jest wyłącznie zaistnienie sytuacji, w której cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa ww. kwotę. Zamawiający jest bowiem uprawniony do unieważnienia postępowania dopiero wówczas, gdy podjął wszelkie czynności zmierzające

do zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, jednak ostatecznie pozyskanie kwoty odpowiadającej cenie oferty najkorzystniejszej nie jest możliwe. Przywołany przepis dopuszcza zatem unieważnienie postępowania jedynie wtedy, gdy Zamawiający faktycznie nie jest w stanie pozyskać kwoty, która pokryje takie zobowiązanie. Obowiązek wykazania takiej przeszkody spoczywa na Zamawiającym, a Zamawiający nie jest uprawniony do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4) PZP i unieważnienia przetargu, jeśli nie podjął żadnych zabiegów zmierzających do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację

zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 911/16). Określenie w ustawie, że Zamawiający "może" zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienie nie odnosi się do jego woli („chcę”/„nie chcę”), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, przy czym ocena możliwości musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na Zamawiającego obowiązками. Tym samym, działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Unieważnienie postępowania jest prawem Zamawiającego, ale nie jest jego decyzją arbitralną, lecz mającą uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych czynności (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1878/17). W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał natomiast (co opisano szerzej również w uzasadnieniu zarzutu z pkt. 4.1 odwołania), że nie ma on żadnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zarówno jeśli chodzi o zwiększenie całkowitej kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia, bądź kwot przewidzianych przez Zamawiającego odrębnie na część podstawowa zamówienia, jak i część zamówienia objętą prawem opcji. Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający w istocie nie poczynił w przedmiotowym zakresie ustaleń, a w konsekwencji odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie ww. zarzutu. Odwołujący podniósł także, że w tej sprawie istniała możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej pierwotnie przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia po cenie zaoferowanej w Postępowaniu przez PESA, i nie spełniły się wszystkie przesłanki unieważnienia Postępowania określone wart. 93 ust. 1 pkt 4) PZP, co Odwołujący wykaże w niniejszej sprawie stosownymi środkami dowodowymi. Przede wszystkim bowiem wskazać należy, że w niniejszej sprawie Zamawiający przewidział podział przedmiotu zamówienia na: (a) część podstawową - gwarantowaną, dotyczącą dostawy 123 pojazdów (tramwajów) oraz (b) część objętą prawem opcji - dotyczącą dostawy 90 tramwajów, której prawo żądania realizacji (w całości bądź tylko w części) stanowi uprawnienie Zamawiającego. Zgodnie natomiast z informacją przekazaną wykonawcom podczas otwarcia ofert, Zamawiający przewidział, że na sfinansowanie zamówienia przewidział kwotę 2.323.057.581 zł brutto, w tym na: (a) część podstawową - 1.356.013.500 zł brutto, (b) część objętą prawem opcji - 967.044.081 zł brutto. Niezależnie od tego, zgodnie z pkt. 3.4 Rozdziału I SIWZ (Instrukcji dla Wykonawców), oraz pkt. II.2.7 ogłoszenia o zamówienia, Zamawiający przewidywał nadto udzielenie zamówień uzupełniających do kwoty 100.000.000 zł netto (123.000.000 zł brutto). Celem adekwatnego porównania cen zaoferowanych przez PESA do kwot przewidzianych przez Zamawiającego na sfinansowanie całości zamówienia oraz jego poszczególnych zakresów, Odwołujący przedstawia poniżej zestawienie cen zaoferowanych w ofercie PESA oraz kwot, jakie Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jak również kwot przewidzianych przez Zamawiającego przy podawaniu szacunkowej wartości zamówienia, w tym kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na zamówienia uzupełniające.

Cena łączna oferty PESA	Kwota podana przez Zamawiającego jako przeznaczona na sfinansowanie zamówienia	Całkowita wartość szacunkowa zamówienia (z uwzględnieniem kwoty na zamówienia	Różnica {cena PESA minus kwota podana przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia}	Różnica (cena PESA minus całkowita wartość szacunkowa)
2.725.774.896,35 zł	2.323.057.581 zł	2.446.057.581 zł	402.717.315,35 zł	279.717.315,35 zł
Cena oferty PESA za część podstawową zamówienia	Kwota podana przez Zamawiającego jako przeznaczona na sfinansowanie części podstawowej zamówienia	Różnica (cena PESA minus kwota podana przez Zamawiającego)	Kwota podana przez Zamawiającego jako przeznaczona na sfinansowanie części podstawowej zamówienia + kwota przewidziana na zamówienia uzupełniające	i Różnica [cena PESA minus (kwota podana przez Zamawiającego plus kwota przewidziana na zamówienia uzupełniające)]
1.582.237.337,37 zł (bez napraw powypadkowych) 1.634.718.665,57 zł (przy uwzględnieniu pełnej ceny za naprawy powypadkowe)	1.356.013.500 zł	między 226.223.837,37 zł a 278.705.165,57 zł	1.479.013.500	między 103.223.837,37 zł a 155.705.165,57 zł

Cena oferty PESA za część zamówienia objętą prawem opcji	Kwota podana przez Zamawiającego jako przeznaczona na sfinansowanie części zamówienia objętej prawem opcji	Różnica (cena PESA minus kwota podana przez Zamawiającego)	Kwota podana przez Zamawiającego jako przeznaczona na sfinansowanie części zamówienia objętej prawem opcji + kwota przewidziana na zamówienia uzupełniające	Różnica [cena PESA minus (kwota podana przez Zamawiającego plus kwota przewidziana na zamówienia uzupełniające)]
1.091.056.230,78 zł (bez napraw powypadkowych) 1.143.537.558,98 zł (przy uwzględnieniu pełnej ceny za naprawy powypadkowe)	967.044.081 zł	między 124.012.149,78 zł a 176.493.477,98 zł	1.090.044.081 zł	między 1.012.149,78 zł a 53.493.477,98 zł

Cena oferty PESA za część podstawową zamówienia	Kwota podana przez Zamawiającego jako przeznaczona na realizację zamówienia (podstawa + opcja)	Różnica (cena PESA minus kwota podana przez Zamawiającego)	Kwota podana przez Zamawiającego jako przeznaczona na realizację zamówienia (podstawa + opcja) + kwota przewidziana na zamówienia uzupełniające	Różnica [cena PESA minus (kwota podana przez Zamawiającego + kwota przewidziana na zamówienia uzupełniające)]
1.582.237.337,37 zł (bez napraw powypadkowych) 1.634.718.665,57 zł (przy uwzględnieniu pełnej ceny za naprawy powypadkowe)	2.323.057.581 zł	między -740.820.243,63 zł a - 688.338.915,43 zł (nadwyżka Zamawiającego)	2.446.057.581 zł	między -863.820.243,63 zł a - 811.338.915,43 zł (nadwyżka Zamawiającego)

Z powyższych okoliczności, zdaniem Odwołującego wynika, że już choćby: (a) częściowe przesunięcie przez Zamawiającego środków finansowych przewidzianych na zrealizowanie zamówienia objętego prawem opcji, bądź (b) częściowe przesunięcie środków przewidzianych na część zamówienia objętą prawem opcji oraz na zamówienia uzupełniające - umożliwiłyby sfinansowanie całego podstawowego zakresu zamówienia po cenie zaoferowanej przez PESA.

Niezależnie od tego Odwołujący wskazuje, że w przypadku, gdyby Zamawiający podjął decyzję o skorzystaniu z prawa opcji bądź zamówień uzupełniających w pełnym zakresie, posiada możliwość uzyskania dodatkowego finansowania zamówienia w tym właśnie zakresie. O takiej gotowości i zamiarze pozyskania przez Zamawiającego dodatkowych środków na finansowanie zamówienia świadczy zresztą bezpośrednio treść wstępu do SIWZ, w którego pkt. 2, Zamawiający podał, w ramach jakich projektów dofinansowany będzie przedmiot zamówienia:

- „Budowa wybranych odcinków tras tramwajowych w Warszawie wraz z zakupem taboru” - w części dot. zakupu 10 tramwajów; (wartość całego projektu: 235.524.384,58 zł, dofinansowanie: 114.039.660 zł - zgodnie z informacjami dostępnymi powszechnie na stronie internetowej Centrum Unijnych Projektów Transportowych, dalej CUPT);
- „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą” - w części dot. zakupu 50 tramwajów (wartość całego projektu: 1.189.989.975,53 zł; dofinansowanie: 554.638.744,87 zł - zgodnie z informacjami dostępnymi powszechnie na stronie internetowej CUPT);
- „Budowa tramwaju na Gocław w Warszawie wraz z zakupem taboru” * w części dot. zakupu 18 tramwajów (wartość całego projektu: 396.181.893 zł, dofinansowanie: 61.990.000 zł * zgodnie z informacjami dostępnymi powszechnie na stronie internetowej CUPT);

W powyższym zakresie Zamawiający wskazał jednocześnie, że przyjmuje dodatkowo projekt pn. „Zakup taboru tramwajowego dla obsługi tras tramwajowych w Warszawie - 20 tramwajów dwukierunkowych i 20 tramwajów jednokierunkowych” jako projekt rezerwowy (niewpisany do „Wykazu projektów zidentyfikowanych przez właściwą instytucję w ramach trybu pozakonkursowego”) w zakresie dofinansowania przedmiotu zamówienia. Tym samym - wbrew stwierdzeniu zawartemu w piśmie Zamawiającego z dnia 16 marca 2018 r. odnośnie unieważnienia Postępowania - w przedmiotowej sprawie w istocie nie zaistniała przesłanka unieważnienia Postępowania w postaci braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty złożonej przez PESA, i taką możliwość Zamawiający posiada.

7.3. [uzasadnienie zarzutu z pkt. 4.3 odwołania - zaniechanie wezwania Odwołującego do

złożenia dokumentów oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego]

Naruszenie przepisów wskazanych w pkt. 4.3 niniejszego odwołania stanowiło konsekwencję nieuprawnionego unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego, a tym samym uzasadnienie faktyczne i prawne przedmiotowego zarzutu pozostaje w bezpośrednim związku z uzasadnieniem zarzutów opisanych we wcześniejszej treści niniejszego odwołania. Podkreślił, że gdyby Zamawiający w sposób nieuprawniony nie unieważnił Postępowania i zwiększył - zgodnie z posiadanymi uprawnieniami i możliwością - kwotę na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty PESA, wówczas zobowiązany byłby do wezwania PESA do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 PZP. W dalszej zaś kolejności Zamawiający zobowiązany byłby do wyboru oferty PESA jako oferty najkorzystniejszej, jako że oferta PESA była w Postępowaniu jedyną ofertą, która nie podlegała odrzuceniu, a w konsekwencji to Odwołującemu winno zostać przyznane zamówienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności na następujące okoliczności:

Treść zawiadomienia z dnia 16 marca 2018 r. (pismo DWZ.261,58,864.2018) jest zgodna z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP i zawiera zarówno informację w przedmiocie unieważnienia postępowania, jak również wskazuje uzasadnienie tak prawne jak i faktyczne czynności. Zamawiający poinformował uczestników postępowania, że wobec dokonania równoległe czynności odrzucenia oferty wykonawcy Hyundai Rotem Company w postępowaniu pozostała wyłącznie oferta Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna. Zamawiający podał do wiadomości uczestników postępowania informacje, z których wynika, że zestawienie ceny oferty Odwołującego wynoszącej 2 725 774 896,35 zł brutto (po poprawieniu omyłek przez Zamawiającego) z kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotą 2 323 057 581 zł brutto, przy jednoczesnym braku możliwości zwiększenia kwoty, jaką może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego, powoduje, że decyzja w sprawie unieważnienia postępowania, wobec zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stała się konieczna. Zamawiający podkreśla, że decyzja zakomunikowana uczestnikom postępowania była podjęta w sposób poprawny, tak w aspekcie formalnym jak i materialnym. Zamawiający przedstawił relacje pomiędzy ceną ostateczną oferty po poprawieniu omyłek i odniósł tę wartość do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jednocześnie zaś wskazał na brak możliwości pozyskania brakujących środków tylko w przypadku, gdyby nie wskazał na brak możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, decyzja o unieważnieniu postępowania byłaby pozbawiona podstaw. Oświadczenie Zamawiającego, że nie może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dodatkowych środków (brakującej do oferty Odwołującego kwoty ponad 400 mln zł), stanowi w ocenie Zamawiającego wystarczające uzasadnienie podjętej przez Zamawiającego decyzji. Powołując się na orzecznictwo i poglądy doktryny wskazał także, że stanowiący podstawę unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego szczególnego ciężaru dowodowego. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to kwota, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podawana przez zamawiającego bezpośrednio przed publicznym otwarciem ofert. Jak podkreśla się w orzecznictwie, podawana na tym etapie postępowania kwota, to kwota gwarantująca przejrzystość postępowania, chroniąca interesy wykonawców i istotna gwarancja legalności działań zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania. Zamawiający, składając oświadczenie co do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, jednocześnie zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą, pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków. Tymczasem jak wynika z treści odwołania, Wykonawca warunkuje możliwość unieważnienia postępowania przez Zamawiającego od konieczności udowodnienia przez niego, w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu, faktycznego braku możliwości pozyskania dodatkowych środków. Zamawiający zaznacza w tym miejscu, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zobowiązany na podstawie ustawy. W ocenie Zamawiającego ustawa Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku przedkładania dowodów prób pozyskania dodatkowych środków jako warunku skutecznej decyzji o unieważnieniu postępowania, tak samo jak nie obowiązuje Zamawiającego do znalezienia dodatkowych źródeł finansowania zamówienia. Podkreślił, że pierwotna decyzja o unieważnieniu przedmiotowego postępowania podjęta w dniu 11 sierpnia 2017 r. miała tę samą podstawę prawną i analogiczne uzasadnienie faktyczne, żaden z uczestników postępowania, w tym Odwołujący, nie kwestionował tej decyzji zarówno co do jej uzasadnienia prawnego jak i faktycznego.

Zamawiający, stwierdził ponadto, że przyjęcie stanowiska Odwołującego oznaczałoby, że byłby ograniczony w wydatkowaniu środków i kreowaniu strategii prowadzonej przez niego działalności, choć to zamawiający jest dysponentem tych środków i odpowiada za ich wydatkowanie. Jednocześnie podkreślił, że to nie do wykonawców należy ocena, czy zamawiający posiada dodatkowe środki finansowe na zrealizowanie zamówienia, którego koszt przekracza kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym to Zamawiający, a nie wykonawcy oceniać, czy może tę kwotę zwiększyć, a jeśli tak, to w jakim zakresie — i takiej oceny w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący wbrew twierdzeniom w treści uzasadnienia odwołania, nie wykazał w żaden sposób, że zaistniała możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Faktycznie, przedmiotowe zamówienie obejmuje zamówienie podstawowe i opcję, a ponadto Zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające. Powyższe nie oznacza jednak, że Zamawiający ma już w chwili obecnej zagwarantowane środki zarówno na zamówienie podstawowe, opcję jak i zamówienia uzupełniające i może — jak twierdzi Odwołujący — przesunąć środki finansowe przewidziane na zrealizowanie zamówienia objętego prawem opcji bądź środki finansowe przewidziane na zrealizowanie zamówień uzupełniających na sfinansowanie zamówienia podstawowego. Zamawiający, którego jedynym właścicielem jest Miasto Stołeczne Warszawa, uzyskał niezbędną zgodę korporacyjną na zaciągnięcie zobowiązania związanego z udzieleniem zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie - Uchwałę Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z dnia 25 stycznia 2017 r. Z tego dokumentu wynika, że dostawa tramwajów w ramach opcji będzie mogła być zrealizowana pod warunkiem posiadania przez Zamawiającego środków finansowych oraz akceptacji zakupu przez m. st. Warszawa, w ramach zawartej w dniu 6 sierpnia 2008 r. Umowy Wykonawczej o świadczenie usług przewozowych w lokalnym transporcie zbiorowym tramwajowym w latach 2008-2027 (dalej „Umowa Wykonawcza”). Powyższe potwierdzają również postanowienia SIWZ — w rozdziale III SIWZ (Istotnych postanowieniach umowy) w 1 ust. 5 Zamawiający zastrzegł, że warunkiem uruchomienia prawa opcji w części lub w pełnym zakresie będzie oświadczenie woli Zamawiającego wykonania zamówienia w ramach prawa opcji (...) oraz, że złożenie oświadczenia przez Zamawiającego uzależnione będzie od zabezpieczenia przez niego środków finansowych na ten cel i uzyskania zgody m.st. Warszawy, jako organizatora publicznego transportu zbiorowego na terenie m.st. Warszawy. Powyższe oznacza, że Odwołujący przyjął nieprawidłowo, że Zamawiający ma zabezpieczone obecnie środki finansowe na zrealizowanie zamówienia objętego prawem opcji i wystarczy ich przesunięcie na zrealizowanie zamówienia podstawowego. To samo dotyczy zamówień uzupełniających (zgodnie z postanowieniami SIWZ ewentualne zamówienia uzupełniające mają polegać na dostawie elementów specjalistycznego wyposażenia obsługowego, pakietu naprawczego, przeprowadzeniu szkoleń oraz wykonywaniu napraw powypadkowych) nie jest możliwe przesunięcie tych środków, gdyż na chwilę obecną Zamawiający tych środków nie posiada. Ponownie zwrócił uwagę, że zastrzegł w SIWZ, że gwarantowany zakres zamówienia stanowi podstawowy zakres zamówienia. Przedstawił zestawienie kwot za poszczególne elementy zamówienia wynikających z oferty Odwołującego (z podziałem na zamówienie podstawowe i opcję) z kwotami za analogiczny zakres, które zamierza przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie poszczególnych elementów zamówienia.

	NA PODSTAWIE OFERTY PESA (BRUTTO ZŁ)	KWOTA, KTÓRA ZAMAWIAJĄCY ZAMIERZA PRZEZNACZYĆ NA SFINSANSOWANIE ZAMÓWIENIA (BRUTTO ZŁ)	KWOTA BRAKUJĄCA (BRUTTO ZŁ)
Zamówienie podstawowe	1 612 459 786,75	1 356 013 500	256 446 286,75
Opcja	1 113 315 109,58	967 044 081	146 271 023,58
ŁĄCZNIE	2 725 774 896,33	2 323 057 581	402 717 315,33

Zamawiający wyjaśnił, że podpisał dotychczas trzy umowy o dofinansowanie, w ramach których będzie dofinansowany zakup części tramwajów z zamówienia podstawowego i na dzień unieważnienia postępowania (16 marca 2018 r.) nie było (i nie ma do chwili obecnej) możliwości zwiększenia uzyskanych wielkości dofinansowania dla projektów Zamawiającego, gdyż projekty te nie funkcjonują odrębnie — projekty te są elementem całości dofinansowania, które uzyskało Miasto st. Warszawa na wszystkie swoje projekty w zakresie transportu publicznego, zarówno samodzielnie (budowa II linii metra), jak i poprzez miejskie spółki transportowe. Podstawowe informacje dotyczące zawartych umów o

dofinansowanie zawiera poniższa tabela.

Nazwa projektu/ numer umowy o dofinansowania/liczba tramwajów przewidzianych do dofinansowania	Koszty kwalifikowane całego projektu w mln PLN Zgodne z zawartą umową o dofinansowanie	Dofinansowanie dla całego projektu w mln PLN zgodnie z zawartą umową o dofinansowanie	Koszty kwalifikowane zakupu taboru w mln PLN, zgodnie z zawartą umową o dofinansowanie	Dofinansowanie do zakupu taboru w mln PLN, zgodnie z zawartą umową o dofinansowanie
Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzystującą umowa o dofinansowanie nr TW/DNE/X/1059/2017 z dnia 3.10.2017 r. 50 tramwajów	973,07	554,64	375,00	213,75

Budowa wybranych odcinków tras tramwajowych w Warszawie wraz z zakupem taboru umowa o dofinansowanie nr TW/DNE/X/1389/2016 z dnia 6.12.2016 r. 10 tramwajów	190,07	114,04	75,00	45
Budowa tramwaju na Gocław w Warszawie wraz z zakupem taboru umowa o dofinansowanie nr N/DNE/X/1058/2017 z dnia 3.10.2017 r., 18 tramwajów	322,05	61,99	135,00	25,99

Zakup co najmniej 123 tramwajów objętych w niniejszym postępowaniu zamówieniem podstawowym, nie wyczerpuje programu inwestycyjnego Zamawiającego ani na lata objęte obecną perspektywą budżetu UE, ani na lata od 2022 roku (koniec obecnej perspektywy budżetu UE) do 2027 roku (ostatni rok obecnej umowy z Miastem). Co więcej, bez wskazanych inwestycji infrastrukturalnych (nowe trasy tramwajowe) oraz budowy nowej zajezdni pod planowane zwiększenie ilostanu tramwajów wynikające z obsługi nowych tras, zakup 78 tramwajów nie miałby uzasadnienia i nie miałby szans na pozyskanie dofinansowanie unijnego nawet w obecnie przyznanej wysokości, bo w tej perspektywie projekty stricte taborowe nie są dofinansowywane funduszy UE. Niezależnie od powyższego, zwrócił uwagę, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający dokonał analizy własnych możliwości finansowych, tj. możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czemu dał wyraz w piśmie DWZ.261.58.864.2018, w którym poinformował uczestników postępowania, że Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny wynikającej z oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania przystąpił: (1) wykonawca Hyundai Rotem Company z siedzibą w Korei Południowej (Przystępujący HYUNDAI) oraz (2) wykonawca Skoda Transportstion a.sz siedzibą w Pilźnie, (wykonawca SKODA), którzy także w pierwszej kolejności wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 574/18

Odwołujący - Hyundai Rotem Company z siedzibą w Korei Południowej [wykonawca HYUNDAI] stwierdził, że wnosi odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego a mianowicie:

1. wadliwego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego;

2. unieważnienia czynności poprawy omyłek w Formularzu Cenowym Szkoleń Odwołującego (dalej: „FCS”), opisanej w piśmie Zamawiającego z dnia 14 lipca 2017 r., znak: DNZ.261-58.2726.2017.0J (dalej: „Pismo z dnia 14 lipca 2017 r.”) i uwzględnienia konsekwencji tej poprawy dokonanej w FCS;

3. zaniechania dokonania poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP w zakresie zapisów kolumny 8 oraz poz. 27 FCS;

4. odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że oferta ta podlegała poprawie na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 PZP, a nie tylko na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP jak wskazano w piśmie Zamawiającego z dnia 16 marca 2018 r., znak: DWZ.261.58.864.2018 (dalej: „Pismo z dnia 16 marca 2018 roku”);

5. wadliwego unieważnienia Postępowania;

6. zaniechania przyznania najwyższej oceny ofercie złożonej przez Odwołującego i zaniechania dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący w pkt II odwołania zarzucił naruszenie (.):

1. art. 7 ust. 1 PZP, art. 7 ust. 3 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z uwagi na dokonanie czynności z pkt III.2) i III.3) Pisma z dnia 16 marca 2018 roku „w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 r. w sprawach KIO 1745/17 i 1746/17 oraz w związku z tym wyrokiem”, podczas gdy w sentencji tego orzeczenia nie nakazano dokonania tych czynności, a ponadto fakty wskazane w jego uzasadnieniu, które miałyby świadczyć o rzekomej bezprawności poprawy FCS są błędne, co w konsekwencji doprowadziło do bezrefleksyjnego i bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2. art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP z uwagi na

zaniechanie przedstawienia dostatecznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w kontekście uprzedniego stanowiska Zamawiającego wyrażonego w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku, z którego wynikała możliwość dokonania poprawy oferty Odwołującego na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie miał obiektywnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego;

3. art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 roku, poz. 459, ze zm., dalej: „KC”) - poprzez nieuprawnioną i błędną wykładnię FCS, wyjaśnień Odwołującego z dnia 23 czerwca 2017 roku (dalej: „Wyjaśnienia Odwołującego”) oraz Formularza Cenowego Szkoleń, stanowiącego Załącznik Nr 5 do SIWZ (dalej: „FCS SIWZ”), a w konsekwencji pominięcie: zamiaru Odwołującego złożenia oferty zgodnej z SIWZ na całość przedmiotu zamówienia, podania w ofercie Odwołującego ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia, z

uwzględnieniem szkoleń dodatkowych, przyczyn niewypełnienia przez Odwołującego poz. 27 w FCS, co doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych oraz błędnej oceny prawnej oferty złożonej przez Odwołującego, podczas gdy w wyniku prawidłowego zastosowania tych przepisów oferta ta winna zostać poprawiona na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP zgodnie z opisem zawartym w Wyjaśnieniach Odwołującego (vide: pkt III, s. 116 i 117), a co za tym idzie wobec braku podstaw do jej odrzucenia winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, art. 7 ust. 3 PZP - poprzez bezzasadne uznanie, że niewypełnienie poz. 27 w FCS nie podlega poprawie, a w konsekwencji dokonanie przez Zamawiającego czynności opisanych w pkt III.2) i w pkt III. 3) Pisma z dnia 16 marca 2018 roku, podczas gdy powyższy brak w ofercie Odwołującego w świetle jej treści, Wyjaśnień Odwołującego oraz treści FCS SIWZ winien zostać potraktowany jako inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP i podlegać poprawie;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP - poprzez zaniechanie poprawy oferty Odwołującego w zakresie poz. 27 w FCS, pomimo że wkalkulowanie przez Odwołującego ceny szkoleń dodatkowych w poz. 1-26 FCS i niewskazanie jej w odrębnej poz. 27 wobec podanej formuły wyceny szkoleń dodatkowych w FCS stanowi inną omyłkę

w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP i nie powoduje istotnej zmiany treści oferty Odwołującego, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia tej oferty;

6. art. 91 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust. 1 i 3 PZP - poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo iż oferta ta jako podlegająca poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP odpowiadała warunkom SIWZ, brak było podstaw do jej odrzucenia i stanowiła ofertę najkorzystniejszą;

7. art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP - poprzez bezzasadne unieważnienie Postępowania, pomimo iż Odwołujący złożył w Postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. w kwocie 2.323.057.581 złotych brutto.

W punkcie III odwołania wykonawca wniósł o jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu Postępowania; (2) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego; (3) nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia poprawy omyłek w FCS opisanej w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku i konsekwencji tej poprawy, a następnie nakazanie ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego; ewentualnie nakazanie poprawienia omyłek w FCS zgodnie z opisem zawartym w Wyjaśnieniach Odwołującego (vide: pkt III, s. 116 i 117) w ramach ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu, a następnie nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W punkcie IV odwołania wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. SIWZ, a w szczególności pkt 14 i 16 Rozdziału I, na okoliczność:

- wymogu zgodności ceny za „Szkolenia” z sumą cen wskazanych w FCS,
- braku wymogu wskazania szkoleń dodatkowych jako odrębnej pozycji w Formularzu Cenowym ;
- braku informacji o wyliczeniu ceny za szkolenia dodatkowe w opisie sposobu obliczenia ceny oferty,
- braku zakwalifikowania ceny za szkolenia dodatkowe jako kryterium oceny ofert, któremu nadano określoną wagę;

2. FCS SIWZ, na okoliczność:

- obiektywnej niemożności podania całkowitej ceny netto (kolumna 9) oraz całkowitej ceny brutto (kolumna 12) w poz. 27 na podstawie działania polegającego na przemnożeniu

danych z kolumny 7 przez dane z kolumny 8 w poz. 27,

- wstawienia kresek przez Zamawiającego w kolumnie 7 poz. 27;

3. FCS,

- obiektywnej niemożności podania całkowitej ceny netto (kolumna 9) oraz całkowitej ceny brutto (kolumna 12) w poz. 27 na podstawie działania polegającego na przemnożeniu danych z kolumny 7 przez dane z kolumny 8 w poz. 27,

- wstawienia kresek przez Zamawiającego w kolumnie 7 poz. 27;

4. Oferty Odwołującego, a w szczególności Formularza Cenowego, na okoliczność:

- objęcia ofertą Odwołującego całego przedmiotu zamówienia określonego w Postępowaniu, w tym szkoleń dodatkowych,
- obliczenia ceny oferty w sposób opisany w SIWZ,
- tożsamości pomiędzy wartością podaną w poz. „Szkolenia” Formularza Cenowego a wartością wskazaną w poz. „Razem” w FCS,
- w kalkulowaniu ceny za szkolenia dodatkowe w poz. 1-26 FCS i braku niezgodności takiego

zabiegu ze sposobem obliczania ceny oferty;

5. odwołania wykonawców występujących wspólnie: Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Owińskach i Solaris Tram Sp. z o.o. z

siedzibą w Owińskach (dalej: „Konsorcjum”), które zostało rozpoznane przez KIO pod sygn. akt: KIO 1745/17 (dalej: „Odwołanie Konsorcjum”), na okoliczność:

- braku zarzutu dotyczącego poprawy oferty Odwołującego, o której mowa w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku oraz braku żądania odrzucenia oferty Odwołującego w związku z takim zarzutem;

6. pisma Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2017 roku, TW.DNZ.261-58.2240.2017 roku, na okoliczność:

- przekonania Zamawiającego o możliwości poprawy oferty Odwołującego na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP;

7. Wyjaśnienia Odwołującego, na okoliczność:

- objęcia ofertą Odwołującego całego przedmiotu zamówienia określonego w Postępowaniu, w tym szkoleń dodatkowych,
- obliczenia ceny oferty w sposób opisany w SIWZ,
- tożsamości pomiędzy wartością podaną w poz. „Szkolenia” Formularza Cenowego a wartością wskazaną w poz. „Razem” w FCS,
- w kalkulowaniu ceny za szkolenia dodatkowe w poz. 1-26 FCS i braku niezgodności takiego zabiegu ze sposobem obliczania ceny oferty,
- obiektywnej niemożności podania całkowitej ceny netto (kolumna 9) oraz całkowitej ceny brutto (kolumna 12) w poz. 27 na podstawie działania polegającego na przemnożeniu

danych z kolumny 7 przez dane z kolumny 8 w poz. 27,

- wstawienia kresek przez Zamawiającego w kolumnie 7 poz. 27;

8. Pisma z dnia 14 lipca 2017 roku, na okoliczność:

- przekonania Zamawiającego o możliwości poprawy oferty Odwołującego na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP,

- braku nowych okoliczności zaistniałych po wydaniu Wyroku KIO z dnia 27 lutego 2018 roku, pod sygn. akt: KIO 1745/17 oraz KIO 1746/17 (dalej: „Wyrok”), z których wynikałaby niemożność poprawy oferty Odwołującego na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP;

9. pisma z dnia 4 września 2017 roku, DW-261-58.3263.2017.OJ.MG.PB, na okoliczność:

- przyznania przez Zamawiającego, iż FCS SIWZ mógł wprowadzać w błąd i był niejasny,
- przekonania Zamawiającego o możliwości poprawy oferty Odwołującego na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP;

10. Pisma z dnia 16 marca 2018 roku, na okoliczność:

- braku podstaw do uznania przez Zamawiającego, że czynności z pkt III.2) i 3) Pisma z dnia 16 marca 2018 roku znajdowały oparcie w Wyroku,
- braku poczynienia własnych ustaleń faktycznych i prawnych w zakresie możliwości poprawy FCS,
- przyjęcia przez Zamawiającego błędnych ustaleń faktycznych i prawnych w zakresie możliwości poprawy FCS zawartych w uzasadnieniu Wyroku,
- odrzucenia oferty Odwołującego z pominięciem istotnych okoliczności takich jak: (i) brak nakazu odrzucenia oferty Odwołującego w sentencji Wyroku, (ii) błędne ustalenia faktyczne dotyczące poprawy FCS zawarte w uzasadnieniu Wyroku, (iii) obiektywna niemożność podania całkowitej ceny netto (kolumna 9) oraz całkowitej ceny brutto (kolumna 12) w poz. 27 na podstawie działania polegającego na przemnożeniu danych z kolumny 7 przez dane z kolumny 8 w poz. 27, (iv) objęcie ofertą Odwołującego całego przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania wskazał na następujące okoliczności:

- I. W ramach wszczętego przez Zamawiającego Postępowania zostało złożonych 5 ofert:
- 1) oferta Skoda - została wybrana jako najkorzystniejsza, zdobyła łącznie 85,712 punktów,
 - 2) oferta Odwołującego - zajęła 2 miejsce w rankingu ofert, zdobyła łącznie 85,154 punktów,
 - 3) oferta Konsorcjum - została odrzucona,
 - 4) oferta Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy - zdobyła łącznie 75,892 punkty,
 - 5) oferta Alstom Konstal S.A. z siedzibą w Chorzowie - została odrzucona.

O wyborze oferty złożonej przez Skoda jako najkorzystniejszej oraz o wynikach Postępowania Zamawiający zawiadomił na swojej stronie internetowej oraz za pośrednictwem poczty elektronicznej. Wobec powyższego Konsorcjum oraz Odwołujący złożyli odwołania do KIO, które zostały rozstrzygnięte Wyrokiem. Pismem z dnia 16 marca 2018 roku Zamawiający przedstawił: „(...) informacje dotyczące czynności (...) podjętych w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 r. w sprawach KIO 1745/17 i 1746/17 oraz w związku z tym wyrokiem”. Wśród tych czynności znalazło się

m. in.:

I. unieważnienie czynności poprawy omyłek popełnionych przez Odwołującego w FCS i uwzględnienia konsekwencji tej poprawy, opisanych w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku, 2. odrzucenie oferty Odwołującego, 3. unieważnienie Postępowania. Odwołujący podał, że wobec tego, iż w uzasadnieniu Wyroku znalazł się nakaz odrzucenia oferty Odwołującego, który z przyczyn szczegółowo omówionych w dalszej części niniejszego odwołania, był niezgodny z przepisami prawa obowiązującymi KIO, Odwołujący w dniu 16 marca 2018 roku złożył skargę na Wyrok.

II. Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i z ostrożności wskazał że odwołanie nie podlega odrzuceniu na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 PZP. Niniejsze odwołanie nie odnosi się bowiem do tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie zakończonej Wyrokiem, w której było wnoszone odwołanie Odwołującego (KIO 1746/17). W odwołaniu Konsorcjum rozpoznany pod sygn. akt: KIO 1745/17 nie postawiono zarzutu dotyczącego poprawy FCS ani też nie sformułowano stosownego żądania związanego z takowym zarzutem, co znalazło także wyraz w uzasadnieniu Wyroku, na stronie 83. Wobec powyższych okoliczności możliwe jest skuteczne wniesienie środka odwoławczego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 PZP. Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP. Wskazał na wyroki KIO: sygn. akt: KIO 336/17 oraz sygn.

akt: KIO 1389/11 podkreślając, że: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia”.

Odwołujący w niniejszym odwołaniu kwestionuje czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu czynności poprawy omyłek w FCS opisaną w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku i konsekwencji tej poprawy, zaniechanie przez Zamawiającego właściwej poprawy oferty Odwołującego w toku ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz odrzucenie oferty Odwołującego. Nadto, w konsekwencji wskazanych czynności i zaniechać Zamawiającego, w ocenie Odwołującego Postępowanie nie powinno podlegać unieważnieniu, bowiem oferta Odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu wskazuje cenę nieprzekraczającą kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia publicznego. Gdyby więc nie doszło do niesłusznego unieważnienia Postępowania, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący miałby możliwość realizacji zamówienia. Zasadność zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu wskazuje na to, iż Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji. Odwołujący wnosząc niniejsze odwołanie nadal jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w Postępowaniu. Nadto, w wyniku sprzecznych z prawem czynności i zaniechać Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę w postaci straty znaczących środków finansowych zainwestowanych w przygotowanie oferty. Szkoła Odwołującego wyraża się także w utraconych korzyściach. Gdyby bowiem Zamawiający postępował zgodnie z przepisami PZP określonymi w niniejszym odwołaniu, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza i dzięki temu Odwołujący mógłby uzyskać przychody z uzyskanego zamówienia. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie oraz w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w

niniejszym odwołaniu, poniósł szkodę majątkową.

III. W uzasadnieniu zarzutów wskazał:

1. Uzasadnienie zarzutu nr 1

Istota przedmiotowego zarzutu sprowadza się do: (1) braku podstaw do uznania przez Zamawiającego, że czynności z pkt III.2) i 3) Pisma z dnia 16 marca 2018 roku znajdowały oparcie w Wyroku oraz (2) bezrefleksyjnego przyjęcia przez Zamawiającego błędnych ustaleń faktycznych i prawnych w zakresie możliwości poprawy FCS zawartych w uzasadnieniu Wyroku. Wskazał na art. 7 ust. 3 Pzp oraz orzecznictwo KIO: uchwałę KIO z dnia 14 maja 2014 roku, sygn. akt: KIO/KD 45/14, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2155/16 podkreślając, że: „Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo (art. 7 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić - niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, a tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie”.

W przekonaniu Odwołującego czynności Zamawiającego opisane w pkt III. 2) i 3) Pisma z dnia 16 marca 2018 roku były dokonane wbrew przepisom prawa i z pewnością nie zmierzały do skutecznego udzielenia zamówienia co doprowadziło do tego, że Zamawiający zaniechał dokonania wyboru oferty Odwołującego. Przechodząc do meritum, na wstępie zauważył, że Konsorcjum w swoim odwołaniu rozpatrywanym pod sygn. akt: KIO 1745/17 nie podniosło, iż czynnością niezgodną z przepisami prawa było dokonanie poprawy oferty Odwołującego opisanej w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku. Taka konstatacja wynika wprost z rozważań KIO odzwierciedlonych w uzasadnieniu Wyroku (s. 83 uzasadnienia Wyroku).

Z kolei w sentencji Wyroku nie znalazł się ani nakaz unieważnienia czynności poprawy omyłek opisanej w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku i konsekwencji tej poprawy, ani też nakaz odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazał na pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 roku, sygn. akt: III CZP 111/15, z którego wynika, że wszelkie rozstrzygnięcia KIO winny znaleźć się w sentencji wyroku Izby, zaś praktyka Izby polegająca na zawieraniu takich zakazów w uzasadnieniu wyroków Izby jest po prostu błędna. Już więc z tego względu Zamawiający nie mógł uznać, że wykonuje Wyrok, bowiem ani nakaz unieważnienia czynności poprawy opisany w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku ani też czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie zostały ujęte w sentencji. Wobec powyższego Zamawiający nie był więc uprawniony do twierdzenia, że wykonując Wyrok postępuje w sposób zgodny z przepisami prawa, bowiem ewentualna sprzeczność z prawem wskazanych czynności nie została przesądzona przez KIO. Działania Zamawiającego opisane w pkt III.2) i III.3. Pisma z dnia 16 marca 2018 roku nie zostały więc poparte jakkolwiek własną analizą faktyczną i prawną, co finalnie doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego. Jak wynika bowiem z dalszych rozważań niniejszego odwołania, oferta Odwołującego jako ulegająca poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, nie podlegała odrzuceniu. Stwierdził ponadto, że Zamawiający wykonywał Wyrok w ten sposób, iż uwzględnił uzasadnienie Wyroku, bowiem tam właśnie opisane jest, w jaki sposób dokonać ponownej oceny i badania ofert (co należy uznać za błędne postępowanie w świetle przytoczonej uchwały Sądu Najwyższego), to postępowanie Zamawiającego i tak prowadzi do naruszenia przepisów określonych w zarzucie z pkt II pkt 1 petitum niniejszego odwołania.

Po pierwsze, w związku z treścią art. 189 ust. 2 pkt 5 PZP Zamawiający nie mógł wykonywać „czynności (...) zgodnie z treścią wyroku Izby”, bowiem w postępowaniu zakończonym wydaniem Wyroku nie nastąpiło zdarzenie w postaci „uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą [to czynność Zamawiający - przypis Odwołującego] wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Ponownie wskazał, że w uzasadnieniu Wyroku wprost wskazano, że ani zarzut dotyczący czynności poprawy oferty Odwołującego, ani żądanie jej odrzucenia w związku z rzekomą niemożnością tej poprawy, nie zostały zawarte w odwołaniu Konsorcjum. Ponadto wskazał, że zarzuty dotyczące oferty Odwołującego, które znalazły się w Odwołaniu Konsorcjum zostały oddalone przez KIO. Zwrócił uwagę, że Izba oddaliła także zarzut z pkt II.D Odwołania Konsorcjum, uzasadniając to m. in. w następujący sposób: „Mając na względzie złożony przez Odwołującego wniosek o uznanie argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu tego zarzutu jako podstawy do przyjęcia zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert Hyundai i Skoda na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba stwierdziła, że nie było podstawy do przyjęcia, że zarzut taki został przez Odwołującego w odwołaniu podniesiony”.

Po drugie, ustalenia faktyczne dokonane w Wyroku, nawet po jego uprawomocnieniu się, nie były (i nie są) wiążące dla Zamawiającego. Wywody Izby zawarte w uzasadnieniu Wyroku nie są ani oświadczeniami ani zaświadczeniami urzędowymi Izby, lecz jedynie

wnioskowaniem o faktach, które w przedmiotowej sprawie jako błędnie ustalone przez Izbę, nie mogą stanowić nawet wzorca zachowania, które Zamawiający powinien uwzględnić. Zauważył, że nie są prawdziwe stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu Wyroku jakoby: Odwołujący złożył oświadczenie negatywne w ofercie - Odwołujący nie oferuje szkoleń dodatkowych; cena za szkolenia dodatkowe nie była w ogóle wyceniona w ofercie Odwołującego; Odwołujący wstawił „kreski” w FCS w poszczególnych kolumnach poz. 27; Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2017 roku wskazał, że szkolenia dodatkowe nie były wycenione w ofercie Odwołującego.

Tymczasem nie ulega wątpliwości, że:

- Odwołujący zaoferował szkolenia dodatkowe w ofercie (vide: oferta Odwołującego, w szczególności pkt 17);
- cena szkoleń dodatkowych została wyceniona w ofercie (vide: oferta Odwołującego, FCS, Wyjaśnienia Odwołującego)
- Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2017 roku wskazał, że szkolenia dodatkowe zostały wycenione w ofercie Odwołującego.

Oczywiste jest więc, iż Zamawiający nie mógł i nie powinien potraktować ustaleń faktycznych opisanych w uzasadnieniu Wyroku jako adekwatnego i zgodnego z prawem uzasadnienia dla czynności unieważnienia czynności opisanej w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku, a w konsekwencji także dla czynności odrzucenia oferty, bowiem fakty poddane ocenie prawnej przez KIO w Wyroku nie przystają do rzeczywistego stanu faktycznego. Podkreślił, że należyta staranność Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymaga, aby podejmowane przez niego decyzje oparte były na wszechstronnym rozważeniu okoliczności związanych z prowadzoną procedurą. Zamawiający - decydując się na odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na niespełnianie przez nią wymagań określonych w SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP) - musiał mieć, co do tej okoliczności pewność. Odwołujący podniósł, że jakkolwiek Zamawiający mógł w każdym czasie (również w toku postępowania rozpoznania odwołań zarejestrowanych pod sygn. akt: KIO 1745/17 i 1746/17) dokonać weryfikacji swoich wcześniejszych czynności i zaniechać, to dopiero na skutek Wyroku odrzucił ofertę Odwołującego, choć w uzasadnieniu Wyroku przedstawiono oczywiście błędny stan faktyczny, co prowadzi do wniosku, iż nie była to jego przemyślana decyzja, lecz bezrefleksyjne „wykonanie” Wyroku, które nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa.

Powielenie przez Zamawiającego błędu Izby w ustaleniach faktycznych, spowodowało także nieuzasadnione stwierdzenie, iż oferta Odwołującego nie podlega poprawie na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Taką motywację dokonania czynności z pkt III.2) i III. 3) Pisma z dnia 16 marca 2018 roku należy uznać za niezgodną z przepisami wskazanymi w pkt II ppkt 1 petitum niniejszego odwołania. Odwołujący stoi na stanowisku, iż czynności opisane w Piśmie z dnia 16 marca 2018 roku dokonane wobec Odwołującego naruszają także art. 7 ust. 1 PZP.

Po pierwsze, sytuacja, w której Zamawiający na równi traktuje ofertę Skoda, która winna zostać odrzucona zgodnie z nakazem wyrażonym w sentencji Wyroku oraz ofertę Odwołującego sporządzoną w sposób prawidłowy (vide: uzasadnienie zarzutów z pkt II ppkt 3,4,5 petitum niniejszego odwołania), wobec której taki nakaz nie został sformułowany w sentencji Wyroku, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców określonej

w art. 7 ust. 1 PZP (vide: wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 roku, sygn. akt: KIO 2408/17).

Po drugie, o ile w przypadku Skoda Zamawiający nie mógł postąpić wbrew nakazowi Wyroku, to w przypadku Odwołującego Zamawiający był zobligowany do poczynienia wszechstronnych ustaleń faktycznych i prawnych dotyczących FCS. Tymczasem Zamawiający zaniechał takiej czynności, przyjął błędne ustalenia faktyczne i prawne Izby. W konkluzji stwierdził, że opisane naruszenie zasady równości sprawiło, że Zamawiający bezzasadnie przyjął za Izbą, iż oferta Odwołującego nie podlega poprawie na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP i z tego względu unieważnił czynność poprawy omyłek w FCS i konsekwencje tej poprawy, a w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego.

2. Uzasadnienie zarzutu nr 2

Odwołujący stoi na stanowisku, iż bezrefleksyjne „wykonanie” Wyroku doprowadziło do sytuacji, w której Pismo z dnia 16 marca 2018 roku pozbawione jest dostatecznego oraz wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Jak wynika z Pisma z dnia 16 marca 2018 roku Zamawiający uchylił się od zrewidowania swych wcześniejszych ustaleń poczynionych w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku, o czym świadczy brak jakiegokolwiek konstruktywnego uzasadnienia czynności opisanych w pkt III.2) Pisma z dnia 16 marca 2018 roku. W świetle powyższych rozważań

oczywiste jest bowiem, że uzasadnienie prawne i faktyczne czynności podjętych wobec Odwołującego nie mogło ograniczać się jedynie do powołania się na ustalenia KIO, tak jak np. było to możliwe w przypadku czynności odnoszących się do Skoda. Wobec wydania Wyroku sytuacje tych dwóch wykonawców były bowiem zupełnie inne. Podkreślił, że dla Odwołującego nie jest jasne, z jakich względów czynność poprawy FCS opisana w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku została unieważniona przez Zamawiającego, skoro jeszcze w toku postępowania przed KIO Zamawiający twierdził, że oferta Odwołującego winna zostać poprawiona na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Niezrozumiałe jest dla Odwołującego to, że Zamawiający powołuje się na ustalenia faktyczne KIO, skoro jeszcze niedawno prezentował zupełnie inne fakty. Bez wątpienia taka rozbieżność powinna znaleźć się w uzasadnieniu Pisma z dnia 16 marca 2018 roku. Obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 PZP zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 PZP zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Niedopuszczalne jest, aby wykonawca kwestionując zasadność podjętych wobec niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji, wykraczając poza treść otrzymanego uzasadnienia. Z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP wynika, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Reasumując stwierdził, że Zamawiający uchybił przepisowi art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest niejasne, nie przystaje do treści tej oferty oraz rzeczywistej sytuacji prawnej zaistniałej po wydaniu Wyroku.

3. Uzasadnienie zarzutu nr 3

Po ponownym badaniu i ocenie ofert w Postępowaniu w związku z Wyrokiem Zamawiający odrzucił ofertę Hyundai, powołując się w pierwszej kolejności na wyrażone w Wyroku

stwierdzenia:

- „Hyundai wprowadził do treści formularza, już po terminie składania ofert nowe, nieistniejące na dzień złożenia informacje o cenach za szkolenia dodatkowe”;
- „z oferty wykonawcy Hyundai nie wynika jedna, konkretna cena jednostkowa roboczogodzin lub osoboroboczogodzin za godzinę szkolenia, którą Zamawiający mógłby posłużyć się przy korekcie.”

W drugiej kolejności, w ślad za ww. stwierdzeniami wskazał w Piśmie z dnia 16 marca 2018 roku, że w ofercie Odwołującego nie została wyceniona wymagana przez Zamawiającego

pozycja 27 FCS, tj. nie podano wymaganej ceny za szkolenia dodatkowe i cena ta nie

wynikała z żadnego innego elementu oferty, wobec czego uznał, że skoro oferta nie zawiera wyceny wymaganego i odrębnie rozliczanego elementu zamówienia, to brak jest podstaw do

zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Wyżej przytoczone stwierdzenia zawarte w Wyroku, sparafrazowane przez Zamawiającego w Piśmie z dnia 16 marca 2018 roku, są błędne przede wszystkim z tego względu, że z oferty Odwołującego w sposób oczywisty wynika, że szkolenia dodatkowe zostały uwzględnione w ofercie. W ofercie Odwołujący oświadczył bowiem, że: oferuje „wykonania zamówienia określonego w SiWiZ, tj. (...) przeprowadzenie szkoleń”, a także oświadczył, że: „w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do realizacji całego zakresu zamówienia (...). Co więcej, z oferty wynika, iż cena za szkolenia została podana i jest zgodna z ceną wynikającą z FCS. Odwołujący nie tylko więc objął swoją ofertą szkolenia dodatkowe, oferując tym samym cały przedmiot zamówienia, ale także dokonał wyceny zgodnie ze sposobem obliczania ceny oferty wskazanym w pkt 14 Rozdziału I SiWiZ. Wydaje się, że dokonując czynności opisanej w Piśmie z dnia 14 lipca 2017 roku Zamawiający aprobował powyższe fakty, bowiem to właśnie one pozwalały twierdzić, że art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP ma zastosowanie do oferty Odwołującego. Niestety na skutek Wyroku Zamawiający niejako „zapomniał” o swych wcześniejszych ustaleniach faktycznych. Z Pisma z dnia 16 marca 2018 roku wynika bowiem zupełnie inne rozumienie treści oferty Odwołującego oraz FCS SiWiZ. Stwierdził, że „nowa” wykładnia FCS oraz „nowe” ustalenia faktyczne, które legły u podstaw czynności opisanych w pkt III.2) i 3) Pisma z dnia 16 marca 2018 roku, nie

uwzględniają następujących istotnych okoliczności, wynikających z dokumentacji zgromadzonej w Postępowaniu tj.:

a) okoliczności poprzedzających złożenie oferty (FCSi w Postępowaniu:

- zapisów z pkt 14 Rozdziału I SIWZ dotyczących sposobu obliczania ceny oferty, a w szczególności ppkt 14.2.1., z którego wynika, że całkowita cena w pozycji „Szkolenia” musi być zgodna z wartością wyliczoną w FCS SIWZ, zaś FCS SIWZ jest jedynie „narzędziem” służącym do zobrazowania sposobu kalkulacji przez Odwołującego ceny za „Szkolenia”;
- obiektywnej niemożności wypełnienia przez Odwołującego pozycji 27 w FCS zgodnie z formułą wyceny szkoleń dodatkowych wskazaną w kolumnie 9 w tej pozycji, bowiem niemożliwe było przemnożenie ceny jednostkowej netto szkolenia 1 grupy z liczbą grup

[poz. 7 x 8] (w kolumnie 7 w FCS SIWZ opracowanym przez Zamawiającego znajdowała się bowiem kreska);

b) okoliczności towarzyszących Odwołującemu podczas składania oświadczenia (oświadczeń! woli w ofercie:

- wskazania ceny za „Szkolenia” w ofercie (Formularzu Cenowym), która odpowiadała cenie całkowitej z FCS zgodnie z ppkt 14.2.1.Rozdziału I SIWZ;
- wyraźnego oświadczenia Odwołującego o objęciu ofertą całego przedmiotu zamówienia oraz o dokonaniu wyceny tego przedmiotu zgodnie z pkt 14 Rozdziału I SIWZ;
- braku oświadczenia Odwołującego o nieobjęciu ofertą szkoleń dodatkowych (w szczególności należy zauważyć, że w kolumnach 8 i 12 w poz. 27 FCS Odwołujący nie wpisał cyfry „0”, znaków graficznych w postaci: „kreski”, czy też słów: „nie dotyczy” lub „brak”, a także w żadnej części oferty nie stwierdził, że cena za „Szkolenia” w Formularzu Cenowym nie obejmuje szkoleń dodatkowych);
- zamiaru Odwołującego zaoferowania wykonania całości przedmiotu zamówienia, w tym szkoleń dodatkowych, który został potwierdzony w Wyjaśnieniach Odwołującego (s. 116 i s. 117): „(...) w załączonym dokumencie do oferty oferent przewidział cenę dla szkoleń dodatkowych w wysokości 20 000 zł - została ona wkalkulowana w Całkowitą cenę brutto (w PLN) (...) W tym przypadku cena jednostkowa szkolenia dodatkowego wynosi 50 zł
- wyceny przez Odwołującego szkoleń dodatkowych w FCS w wyniku wkalkulowania jej w ceny jednostkowe dla pozycji od 1 do 26 FCS, której dokonanie potwierdził, informując że: „Przy całkowitej kalkulacji szkolenia dodatkowe zostały uwzględnione w cenach jednostkowych dla L.p. od 1 do 26 (średnio ok 2%)”;
- niezamierzonych i niezawinionych przez Odwołującego przyczyn niewypełnienia poz. 27 w FCS, które zasygnalizował w Wyjaśnieniach Odwołującego wskazując, że: omyłkowo wartość szkoleń dodatkowych nie została wyłączona jako odrębna pozycja do L.p.27. Przy kalkulacjach Wykonawca zakładał bowiem, że szkolenia dodatkowe zostaną rozłożone na poszczególne grupy podmiotowo-tematyczne (L.p. 1-26)”;
- braku wpływu niewypełnienia poz. 27 w FCS na zakres świadczeń wskazanych w ofercie złożonej przez Odwołującego, całkowitą cenę szkoleń i cenę zawartą w tej ofercie;

c) okoliczności świadczących o tym, że Zamawiający rozumiał treść FCS w tożsamy sposób z Odwołującym, a w związku z tym nie było podstaw do zmiany interpretacji FCS DO wydaniu Wyroku:

- wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 PZP, co stanowi o tym, iż Zamawiający z pewnością nie był przekonany o braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, zaś jego niepewność nie sprowadzała się do niemożności uzupełnienia poz. 27 FCS, a jedynie do tego, czy oferta obejmuje szkolenia dodatkowe;

-w piśmie z dnia 4 września 2017 roku, DW-261 -58.3263.2017.OJ.MG.PB (s.13) Zamawiający wskazał, że niewypełnienie poz. 27 w FCS dotyczy Jednego z wielu, drobnego elementu zamówienia, wycenionego w innych ofertach w przedziale od

kilkudziesięciu do stu kilkudziesięciu tysięcy złotych”, przedstawiając szczegółową kalkulację w tym zakresie:

a) w ofercie konsorcjum Stadler&Solaris (Odwołującego) na 64.000 zł netto, co stanowi ok. 0,0036% ceny oferty netto (po poprawkach),

b) w ofercie Skoda (po poprawkach Zamawiającego, o czym niżej) na 125 568 zł netto, co stanowi ok. 0,0056% ceny oferty netto (po poprawkach),

c) w ofercie Pojazdów Szynowych Pesa Bydgoszcz S.A na 100.000 zł netto, co stanowi niecałe ok. 0,0045% ceny oferty netto (po poprawkach),

d) w ofercie Alstom Konstal S.A. na 165 456 zł netto, co stanowi niecałe ok. 0,0059% ceny oferty netto (po poprawkach). ”

a ponadto wyraźnie stwierdził, że: „wartość niewycenionego elementu nie stanowi nawet promila wartości całego zamówienia. W tej sytuacji możliwe byłoby nawet uznanie, że cena szkoleń dodatkowych jest zawarta w cenach jednostkowych szkoleń wymienionych w pozycjach 1-26 Formularza Cenowego Szkoleń (FCS). ”

d) okoliczności zaistniałej po zakończeniu Postępowania, mającej swoje źródło w

czynnościach Zamawiającego dokonanych przed złożeniem FCS przez Odwołującego oraz jej istotnego wpływu na ocenę prawną niewypełnienia DOZ. 27 FCS:

- wyraźne przyznanie przez Zamawiającego ex post - po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu - w przywołanym wyżej piśmie z dnia 4 września 2017

roku (s. 14), iż FCS SIWZ „(...) w ostatniej pozycji mógł budzić wątpliwości przy jego

wypełnianiu przez Wykonawców.

Wszystkie wyżej przedstawione okoliczności winny zostać uwzględnione w całości w toku ponownej oceny i badania ofert w Postępowaniu w myśl art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 65 § 1 KC, wykładanych w zgodzie z istotą i zasadami postępowania przetargowego. Tymczasem ustalenia faktyczne, na które powołano się w Piśmie z dnia 16 marca 2018 roku dowodzą tego, że tak się nie stało. Zamawiający podczas ponownego badania, czy Odwołujący zaoferował szkolenia dodatkowe oparł się jedynie na fakcie niewypełnienia poz. 27 w FCS, pomijając przy tym nie tylko wyraźne brzmienie oferty (a w szczególności Formularza Cenowego), całej treści FCS SIWZ oraz pkt 14 Rozdziału I SIWZ, (tj. kontekst czysto językowy FCS), ale przede wszystkim cały kontekst sytuacyjny opisany w lit. a) - d) powyżej. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powinien wziąć pod uwagę szczególne okoliczności związane z FCS, w świetle których ocena zaniechania wypełnienia poz. 27 w FCS nie może kończyć się jedynie na prostym stwierdzeniu, że Odwołujący nie wskazał w tej pozycji wymaganych danych przez Zamawiającego czy też, że te dane nie wynikają bezpośrednio z

FCS. W związku z choćby wadliwą budową FCS w zakresie poz. 27 (opisaną powyżej) Zamawiający postępując zgodnie ze „świętą” zasadą, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, nie mógł przeprowadzić oceny tego zaniechania Odwołującego bez wezwania w trybie art. 87 ust. 1 PZP do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Skoro dopuszczalne, a w okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać, że nawet konieczne, było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w związku z omawianym zaniechaniem, to dysponowanie przez Zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do poprawienia tej omyłki bez ingerencji Odwołującego należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku Wyjaśnień Odwołującego. Przeciwnie rozumowanie, a więc nieuwzględnienie informacji wskazanych w Wyjaśnieniach Odwołującego przy dokonywaniu oceny prawnej wagi zaniechania Odwołującego zaprzecza ratio legis instytucji wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 PZP. Celem złożenia Wyjaśnień Odwołującego było odtworzenie prawidłowej treści oświadczenia (oświadczeń) woli Odwołującego, która została zniekształcona w sposób przypadkowy na etapie uzewnętrzniania jej w FCS. W związku z tym Zamawiający winien potraktować Wyjaśnienia Odwołującego jako integralną część oferty Odwołującego. Treść tych wyjaśnień była wiążąca dla Zamawiającego na równi z ofertą Odwołującego podczas oceny czy doszło do wyceny szkoleń dodatkowych zgodnie z wymaganiami SIWZ, dlaczego nie wypełniono pozycji 27 w FCS oraz czy Zamawiający dysponował danymi wynikającymi z oferty Odwołującego umożliwiającymi poprawę niewypełnionej pozycji w FCS. Wobec powyższego należy uznać, że aby nie obciążać Odwołującego negatywnymi konsekwencjami błędnej budowy FCS Zamawiający zobowiązany był przeprowadzić ocenę zgodności FCS z wymaganiami SIWZ przy uwzględnieniu możliwości wyceny przez Odwołującego szkoleń dodatkowych w inny sposób niż wynikający z błędnej formuły znajdującej się w kolumnie 9 FCS czy też w innych miejscach niż w poz. 27 FCS. Przeciwny sposób rozumowania Zamawiającego w niniejszej sprawie doprowadził do nieuprawnionej zmiany wykładni FCS i obciążenia Odwołującego negatywnymi skutkami błędnej oceny FCS, a w dalszej kolejności niemożności zrealizowania celu Postępowania. Należy zauważyć bowiem, że celem Postępowania nie było dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, spełniającej kryteria cenowe i pozacenowe wskazane w SIWZ, a taką była oferta złożona przez

Odwolującego. Co istotne, omawiany kontekst sytuacyjny (vide: pkt a) - d) powyżej) został pierwotnie właściwie odczytany i uwzględniony przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert w Postępowaniu przed wydaniem Wyroku, czego wyrazem było uznanie, że oferta Odwołującego podlega poprawie na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Natomiast po wydaniu Wyroku ów kontekst sytuacyjny bez uzasadnionej przyczyny został całkowicie pominięty przez Zamawiającego, co skutkowało dokonaniem błędnej interpretacji FCS na niekorzyść

Odwolującego i obciążeniem Odwołującego negatywnymi skutkami wadliwej budowy poz. 27 w odniesieniu do kolumny 9 FCS. Nota bene godzi się w tym miejscu podnieść, że Zamawiający nie był uprawniony do zmiany wykładni postanowień SIWZ w toku Postępowania, a wydaje się, iż taka właśnie sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Jak bowiem wytłumaczyć fakt, iż FCS został potraktowany przez Zamawiającego na równi z opisem sposobu obliczania ceny w ofercie (pkt 14 Rozdziału I SIWZ), przy jednoczesnym pominięciu wadliwego skonstruowania FCS SIWZ? Brak stabilności Zamawiającego podczas wykładni SIWZ uzasadnia więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 b PZP.

4. Uzasadnienie zarzutów nr 4 i nr 5

Z powodu drobnej i niezamierzonej omyłki technicznej polegającej na błędnym zaprezentowaniu przez Odwołującego ceny za szkolenia dodatkowe w innych miejscach tego formularza niż oczekiwał tego Zamawiający Odwołującego spotkała najsurowsza sankcja przewidziana w PZP - odrzucenie oferty. Sankcja ta jest o tyle niesłuszną, że Odwołujący zawarł w swojej ofercie obejmującej cały przedmiot zamówienia informacje odnośnie ceny za szkolenia dodatkowe w terminie składania ofert w Postępowaniu i uwzględnił je w całkowitej cenie za wszystkie szkolenia wymagane w SIWZ. Podkreślił, tak jak słusznie twierdził Zamawiający w toku rozprawy prze KIO w sprawach o sygn. akt: KIO 1745/17 i KIO 1746/17, że uchybienie Odwołującego dotyczyło wyłącznie jednej pozycji FCS, której wartość „nie stanowiła nawet promila wartości całego zamówienia”. Faktycznie więc odmówiono poprawy oferty Odwołującego tylko dlatego, że Zamawiający za nieprawidłowy uznał sposób zaprezentowania kalkulacji ceny za szkolenia dodatkowe, która jest składową ceny za „Szkolenia” ujętą w Formularzu Cenowym, a nie odrębną kategorią będącą kryterium oceny ofert. Istotne jest również to, że do zaprezentowania ceny za szkolenia dodatkowe w sposób przyjęty przez Odwołującego doszło na skutek błędnej budowy FCS obiektywnie uniemożliwiającej Odwołującemu wycenę szkoleń dodatkowych przy zastosowaniu formuły (wzoru) podanego przez Zamawiającego oraz nieścisłości w SIWZ. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezrozumiała o tyle, że Zamawiający miał świadomość wprowadzającej w błąd formuły w FCS, a ponadto dlatego, że bez racjonalnego uzasadnienia kompletnie zmienił uprzednio zajęte w Postępowaniu stanowisko wobec niewypełnienia przez Odwołującego pozycji 27 w FCS i możliwości dokonania poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Powyższe okoliczności świadczące o niezgodności z prawem dokonanego przez Zamawiającego unieważnienia poprawy omyłek w FCS oraz odrzucenia oferty Odwołującego zostały omówione poniżej.

a) Odwołujący złożył ofertę na całość przedmiotu zamówienia i wycenił wszystkie wymagane elementy - z uwzględnieniem szkoleń dodatkowych.

W pkt 17) na stronie 7 oferty Odwołujący oświadczył: „w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do realizacji całego zakresu zamówienia a zatem również szkoleń dodatkowych. W złożonych na wezwanie Zamawiającego Wyjaśnieniach Odwołującego wskazano wyraźnie i jednoznacznie, że Odwołujący w FCS: „(...) przewidział cenę dla szkoleń dodatkowych w wysokości 20 000 zł - została ona wkalkulowana w Całkowitą cenę brutto (w PLN) (...). W tym przypadku cena jednostkowa szkolenia dodatkowego wynosi 50 zł.” Z powyższego wynika, że w chwili składania oferty w Postępowaniu Odwołujący:

- miał zamiar złożenia oferty na całość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem:
 - zawarł w ofercie wymagane przez Zamawiającego informacje odnośnie ceny za szkolenia dodatkowe, wyceniając je łącznie na kwotę 20.000 złotych, która to kwota podzielona przez łączną sumę godzin za te szkolenia wskazaną w FCS - 400 godzin, prowadzi do uzyskania informacji o wysokości ceny jednostkowej - 50 zł.
 - uwzględnił cenę za szkolenia dodatkowe w całkowitej cenie brutto podanej w ostatnim wierszu FCS pod nazwą: „Razem”.

b) Odwołujący precyzyjnie przedstawił (odtworzył) w Wyjaśnieniach Odwołującego sposób wyceny szkoleń dodatkowych, dostarczając Zamawiającemu wszystkich

wymaganych danych do poprawy FCS.

W dalszej części Wyjaśnień Odwołującego opisano sposób prezentacji w ofercie wyceny szkoleń dodatkowych: „Przy całkowitej kalkulacji szkolenia dodatkowe zostały uwzględnione

w cenach jednostkowych dla L.p. od 1 do 26 (średnio ok 2%). " Powyższe oznacza, że wycena szkoleń dodatkowych została przez Odwołującego dokonana w wyniku proporcjonalnego podziału kwoty 20.000 złotych (łączna cena za szkolenia dodatkowe) na poszczególne grupy podmiotowo-tematyczne określone w poz. 1-26 FCS (kolumna 2: „nazwa szkolenia” i kolumna 3: „grupa docelowa”), średnio po ok. 2%. Reasumując, przyjęta przez Odwołującego metodologia kalkulacji ceny za szkolenia dodatkowe została oparta na dwóch zasadniczych podstawach: całkowitej cenie brutto za wszystkie szkolenia, oraz całkowitej cenie za szkolenia dodatkowe, podzielonej proporcjonalnie w ramach pozycji od 1 do 26 FCS. Powyższe dwie podstawy determinowały dalsze szczegóły wyliczeń elementów cenotwórczych w ramach FCS i umożliwiły Zamawiającemu dokonanie jego poprawy w zakresie poz. 27 poprzez odpowiednie przeniesienie w to miejsce informacji o cenie szkoleń dodatkowych, znajdujących się w poz. 1-26 w chwili złożenia przez Odwołującego oferty w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego z art. 87 ust. 2 PZP wyraźnie wynika, że poprawa omyłek w ofercie należy do gestii Zamawiającego, a nie wykonawców. Wykonawcy - przy pomocy wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego - mogą dostarczyć niezbędnych informacji (wskazówek) do dokonania takiej poprawy, zgodnie z ich rzeczywistą wolą, znajdującą oparcie w złożonych ofertach. W świetle powyższego winny być również wykładane Wyjaśnienia Odwołującego, z których wynikają dwa główne (wyżej wskazane) determinanty sposobu poprawy przez Zamawiającego poz. 27 w FCS.

c) Odwołujący znajdował się w błędnym, lecz uzasadnionym (wadliwą budową FCS i nieścisłościami w SIWZ) przekonaniu co do zgodności z SIWZ sposobu prezentacji ceny za szkolenia dodatkowe w FCS.

W piśmie z dnia 4 września 2017 roku, DW-261 -58.3263.2017.OJ.MG.PB złożonym w sprawie toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawach pod sygn. akt: KIO 1745/17 i KIO 1746/17, a więc po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż FCS SIWZ „(...) w ostatniej pozycji (tj. poz. 27 -

wtrącenie pełnomocnika Odwołującego) mógł budzić wątpliwości przy jego wypełnianiu przez Wykonawców. Za wprowadzający w błąd należy uznać:

- sposób ujęcia i opisu kolumn dla wypełnienia poz. 27 w FCS w porównaniu z pozostałymi pozycjami FCS (poz. 1-26), gdyż obiektywnie niemożliwe było wypełnienie w poz. 27 kolumny 9 zgodnie z formułą (wzorem) zawartym w opisie do kolumny 9 (Całkowita cena jednostkowa netto (w PLN) szkolenia 1 grupy X liczba grup [poz. 7x8], przy jednoczesnym braku w poz. 27 w kolumnie 7 (Liczba grup) danych potrzebnych do przeprowadzenia

takiej kalkulacji matematycznej, na skutek zastosowanego przez Zamawiającego przekreślenia w poz. 27 w kolumnie 7 przy użyciu znaku: „—”.

Zamawiający nie przewidywał więc tam żadnej liczby, przez którą dany wykonawca mógłby

przemnożyć ustaloną stawkę. Powyższe oznacza, że gdyby nawet Odwołujący wpisał w poz. 27 w kolumnie 8 cenę jednostkową netto, to nie byłby w stanie przeliczyć jej przez liczbę grup nieprzewidzianą w kolumnie 7 (wobec jej braku) i w efekcie nie mógłby uzyskać wyniku

w postaci Całkowitej ceny jednostkowej szkolenia 1 grupy X liczba grup [7 x 8], stanowiącej jednocześnie całkowitą cenę brutto (w PLN) wpisywaną w poz. 27 w kolumnie 12 (wartość bez podatku VAT);

- zamieszczone w poz. 27 w kolumnie 3 odesłanie w zakresie wyceny szkoleń dodatkowych do: pracownicy każdej z ww. grup, co mogło sugerować - przy uwzględnieniu ww. zapisów FCS i treści SIWZ - konieczność rozłożenia szkoleń dodatkowych na poszczególne grupy podmiotowo-tematyczne określone w poz. 1-26 FCS

(kolumna 2: „nazwa szkolenia” i kolumna 3: „grupa docelowa”), które powinno się odbyć poprzez uwzględnienie cen za szkolenia dodatkowe właśnie w cenach jednostkowych odnoszących się do każdej z tych grup - łącznie stanowiących ilość 40 grup docelowych. Mogło być tak tym bardziej, że Zamawiający nie wskazał w poz. 27 w kolumnie 7 ilości

grup, a jednocześnie w kolumnie 9 wskazywał, że cena całkowita szkoleń dodatkowych winna być policzona poprzez przemnożenie wartości z poz. 7 i wartości z poz. 8, co

wobec znaku: „—” w kolumnie 7 było obiektywnie niemożliwe (skoro znak „—” mógł

oznaczać „0” (zero), to nie było możliwości poprzez dokonanie mnożenia przez „0” otrzymanie jakiegokolwiek wartości ceny całkowitej);

- odpowiedź Zamawiającego na Pytanie nr 400 zawartą w piśmie stanowiącym Wyjaśnienia i zmiany SIWZ nr 7 z dnia 5 kwietnia 2017 roku, znak: TW.DNZ261- 58.1401.2017

Zamawiający wprost bowiem wskazał tam na istnienie grup w odniesieniu do poz. 27, co mogłoby oznaczać jednak przyjęcie liczby 40 w poz. 27 w kolumnie 7. Zamawiający dodatkowo wskazał w tychże wyjaśnieniach, że liczba osób w takiej grupie będzie nie większa niż 20, podczas gdy w kolumnie 6 (Łączna liczba osób) w poz. 27 FCS dokonał także przekreślenia tej pozycji przy użyciu znaku: „—”. Taka odpowiedź Zamawiającego mogłaby sugerować konieczność doliczenia ceny za szkolenia dodatkowe do poz. 1-26.

Powyższe doprowadziło Odwołującego do uwzględnienia ceny za szkolenia dodatkowe proporcjonalnie w ramach wszystkich grup podmiotowo-tematycznych (poz. 1-26 FCS),

wydawało się ono Odwołującemu najbardziej słuszne i prawidłowe. W chwili składania FCS w Postępowaniu Odwołujący nie miał świadomości co do tego, że taki sposób wyceny szkoleń dodatkowych może być niezgodny z SIWZ. Okazało się jednak, że powstała niezgodność sposobu wyceny szkoleń dodatkowych z oczekiwaniami Zamawiającego (niejasnymi i niesprecyzowanymi). Niezgodność ta nakazywała (i wciąż nakazuje) Zamawiającemu stosowanie zasady nieobciążania wykonawców negatywnymi konsekwencjami niejednoznaczności i błędów w SIWZ i tym samym dokonanie poprawy FCS w odpowiednim zakresie.

d) Poprawienie niewypełnionej poz. 27 w FCS nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

- dokonanie poprawy nie zmieniałoby pierwotnego sensu i znaczenia treści oferty Odwołującego co do zakresu oferowanych świadczeń (zakres świadczenia odnośnie szkoleń dodatkowych pozostałby taki sam i odnosiłby się do przewidzianej łącznej ilości 400 godzin zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego);
- dokonanie poprawy nie prowadziło do wprowadzenia do oferty Odwołującego nowych, nieistniejących w chwili złożenia oferty w Postępowaniu informacji odnośnie ceny za szkolenia dodatkowe - informacje te zostały ujęte w ofercie Odwołującego w poz. 1-26, a w związku ze złożonymi Wyjaśnieniami Odwołującego, wiążącymi dla Zamawiającego na równych zasadach z ofertą, Zamawiający dysponował wszystkimi niezbędnymi danymi do poprawienia poz. 27 w FCS bez ingerencji Odwołującego;
- dokonanie poprawy dotyczyłoby znikomego zakresu całego zamówienia, tak w ujęciu ilościowym, jak i w ujęciu jakościowym, na co zwrócił uwagę Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2017 roku, DW-261-58.3263.2017.OJ.MG.PB, s.13, wskazując że: „wartość niewycenionego elementu nie stanowiła nawet promila wartości całego zamówienia”, odnosiła się do „drobnego elementu zamówienia, wycenionego w innych ofertach (w ofertach złożonych przez innych wykonawców uczestniczących w Postępowaniu - komentarz Odwołującego) w przedziale od kilkudziesięciu do stu kilkudziesięciu tysięcy złotych”;
- dokonanie poprawy dotyczyłoby znikomego zakresu całości treści oferty złożonej przez Odwołującego
- znikomość zakresu poprawy treści oferty Odwołującego czyni bezprzedmiotowym rozstrzygnięcie o tym, czy stanowiłaby ona dodanie informacji, ich doprecyzowanie czy uzupełnienie.

W świetle wyżej przedstawionych szczególnych okoliczności, jakie były związane z dostrzeżonym brakiem w ofercie Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do jego poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Sformułowanie „inne omyłki” w rozumieniu tego przepisu nie może być interpretowane zawężająco, w oderwaniu od intencji ustawodawcy, którą było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie PZP. Główną ideą wprowadzenia tego przepisu do PZP było umożliwienie zamawiającym poprawiania błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysów ofertowych, a w konsekwencji wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a nie jedynie dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie. Bez znaczenia dla zastosowania omawianego przepisu jest również to, czy omyłka miała charakter oczywisty, czyjej poprawienie może nastąpić w wyniku prostego działania matematycznego, jak również to czy w łatwy sposób można dojść do sposobu poprawy omyłki. To nie łatwość w poprawieniu omyłki, lecz jej istotność jest przesłanką wskazaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP rozstrzygającą o możliwości poprawy przez Zamawiającego. Reasumując stwierdził, że wobec niewykazania jednoznacznej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ wraz z jednoznacznym wykazaniem braku możliwości dokonania jej poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia poprawy omyłek w FCS, a w dalszej kolejności do odrzucenia

oferty Odwołującego.

5. Uzasadnienie zarzutów nr 6 z odwołania

Konsekwencją uchybień wskazanych w zarzutach, o których mowa pkt 11.1-5 petitum niniejszego odwołania było zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo iż została ona przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowiła ofertę najkorzystniejszą, zawierała cenę mieszczącą się w budżecie Zamawiającego oraz brak było podstaw do jej odrzucenia. Powyższe przesądza o naruszeniu art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP.

6. Uzasadnienie zarzutu nr 7

Wobec zasadności zarzutów przedstawionych w pkt II.1-6 petitum niniejszego odwołania, oferta Odwołującego zgodna z SIWZ i niepodlegająca odrzuceniu, powinna zostać wybrana

jako najkorzystniejsza w Postępowaniu, a skoro mieściła się ona w budżecie Zamawiającego, to unieważnienie Postępowania należy uznać za niezasadne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności:

Dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego, kierował się stanowiskiem, jakie zaprezentowała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 lutego 2018 r. w odniesieniu do oceny legalności czynności poprawienia przez Zamawiającego w treści oferty Odwołującego omyłki. Jednocześnie podkreślił, że czynność odrzucenia tej oferty nie stanowi wykonania nakazu sformułowanego w orzeczeniu Izby, ale suwerenną czynność Zamawiającego, do której był uprawniony w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert - faktycznie decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego miała swoje podstawy w stanowisku Izby wyrażonym w uzasadnieniu orzeczenia, jednak nie oznacza to, że stanowi wykonanie orzeczenia KIO. Uwzględniając fakt, iż stanowisko KIO jest w tym zakresie jednoznaczne i wskazuje wprost na naruszenie ustawy Pzp przez Zamawiającego, poprzez czynność poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w FCS w ofercie Odwołującego czego skutkiem stało się zaniechanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co przy uwzględnieniu przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert musiało mieć wpływ na wynik postępowania (po odrzuceniu oferty wykonawcy Skoda). Jak wprost wynika z uzasadnienia orzeczenia Izby (s. 81): „W obu przypadkach mamy do czynienia z wymaganymi przez Zamawiającego wartościami, które wykonawcy mieli za zadanie dodać w złożonej ofercie i w obu przypadkach nie wykonali ciężących na nich obowiązków, co w obliczu argumentacji prawnej przedstawionej w rozpoznaniu pierwszego zarzutu skutkować winno odrzuceniem obu ofert na tych samych podstawach prawnych z uzasadnieniem faktycznym braku podania wymaganych danych w ofercie - jednakże Zamawiający tak nie postąpił i w inny sposób ocenił oferty. W tym kontekście można stwierdzić, że działanie Zamawiającego było niezgodne z zasadami Prawa zamówień publicznych, jak również innymi wskazywanymi przez Odwołującego przepisami tej ustaw. Jednakże brak prawidłowości w postępowaniu Zamawiającego w stosunku do oferty Hyundai nie może stanowić podstawy sanowania decyzji Zamawiającego w odniesieniu do innego wykonawcy (tutaj Odwołującego), nie może stanowić również takiego uzasadnienia, bowiem w przeciwnym wypadku doszłoby do sytuacji, w której czynność Zamawiającego niezgodna z zasadami stanowiłaby uzasadnienie naruszenia tychże zasad w przypadku innego wykonawcy. Dlatego też, choć Zamawiający postąpił różnie w stosunku do Odwołującego i do Hyundai, w tym pierwszym wypadku nie poprawiając oferty wykonawcy (nie wzywając do podania nowych danych), a w drugim dokonując takiej poprawy przez samodzielne przyjęcie nowej treści oferty (Zamawiający nie zaakceptował zmiany proponowanej przez wykonawcę,

lecz dokonał samodzielnej korekty, wartości szkoleń), nie można przyjąć zasadności

postawionego przez Odwołującego zarzutu. Uwzględnienie rozpoznawanego zarzutu doprowadziłoby do zatwierdzenia przez Izbę działania Zamawiającego niezgodnego z

prawem, czego Izba nie może uczynić”.

Mając powyższe na względzie, dokonując ponownej czynności badania i oceny ofert winien

był stanowisko Izby wyrażone powyżej wziąć pod uwagę. Uwzględniając wartość przedmiotu zamówienia, jak również źródło pochodzenia środków, co skutkuje m.in. zastosowaniem w sprawie procedury obligatoryjnej kontroli uprzedniej Prezesa UZP, jak również mając na względzie ewentualne możliwe konsekwencje stwierdzonych przez inne instytucje

kontrolujące legalność postępowania, naruszeń Pzp, Zamawiający nie mógł takiego

stanowiska Izby pominąć. Kategoryczne stanowisko, jakie wyraziła Izba w uzasadnieniu orzeczenia w zakresie oceny legalności czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, w ocenie Zamawiającego, obligowało go do uwzględnienia tego sądu w trakcie ponownej czynności oceny ofert. Podkreślił, że wskutek dokonanej czynności

odrzućenia oferty Odwołującego jego uprawnienia w zakresie środków ochrony prawnej nie doznały uszczerbku. Odwołujący zakwestionował w przepisany termin w drodze odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nową czynność Zamawiającego w postaci odrzućenia jego oferty. Zamawiający miał w tym miejscu także na uwadze fakt, iż weryfikacja legalności czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego z dnia 14 lipca 2017 r. mogła być dokonana przed rozstrzygnięciem postępowania jedynie w wyniku czynności Zamawiającego. Pozostali uczestnicy postępowania w tym zakresie odwołania na ewentualne zaniechanie odrzućenia oferty Odwołującego z tego powodu wnosić nie mogliby, bowiem termin na kwestionowanie jej dla nich upłynął w sposób definitywny. W ten sposób Zamawiający zagwarantował prawo do zweryfikowania i ostatecznego przesądzenia legalności czynności w zakresie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wobec faktu, że samo orzeczenie Izby wobec związania składu orzekającego zakresem zarzutów odwołań (Izba uznała - s. 83 orzeczenia, że odwołanie Stadler Solaris takiego zarzutu nie zawierało) nie formułuje nakazu odrzućenia oferty Odwołującego, jedyną formalną możliwością weryfikacji legalności czynności Zamawiającego w postępowaniu stało się unieważnienie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego i poddanie czynności ponownemu osądowi Izby. W ocenie Zamawiającego, wbrew stanowisku Odwołującego, czynność taka była konieczna także ze względu na fakt, iż w przypadku, gdyby okazało się, że doszło do udzielenia zamówienia Odwołującemu przy jednoczesnym braku zweryfikowania powyższego przez Krajową Izbę Odwoławczą, uwzględniając fakt, że ewentualna wada miałaby wpływ na decyzję o udzieleniu zamówienia, legalność ewentualnej umowy o zamówienie publiczne byłaby zagrożona. Zatem ostateczna weryfikacja czynności przez Izbę w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym paradoksalnie może się wydawać także w interesie Odwołującego. W tym kontekście Zamawiający uznaje za bezprzedmiotowe stanowisko Odwołującego i przedstawianą argumentację opierającą się na odrzućeniu oferty Odwołującego jako wykonaniu orzeczenia Izby. Dodatkowo Zamawiający wskazuje na niekwestionowane w orzecznictwie uprawnienia Zamawiającego do autokontroli czynności dokonywanych w postępowaniu do czasu udzielenia zamówienia publicznego. (tak: orzeczenie sygn. akt KIO 465/16). Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, (s. 9 odwołania), że „Wywody Izby zawarte w uzasadnieniu Wyroku nie są ani oświadczeniami ani zaświadczeniami urzędowymi Izby, lecz jedynie wnioskowaniem o faktach, które w przedmiotowej sprawie jako błędnie ustalone przez Izbę, nie mogą stanowić nawet wzorca zachowania, które Zamawiający winien uwzględnić”. Uwzględniając fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza jest zgodnie z art. 172 ustawy Pzp właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także ma kompetencje w zakresie wydawania wiążących Prezesa UZP uchwał w związku z kontrolami postępowań, deprecjonowanie stanowisk Izby wydanych w związku z będącym przedmiotem rozpoznania postępowaniem odwoławczym w ocenie Zamawiającego jest nieuprawnione. Nadmieniał, że w przypadku negatywnych wyników kontroli legalności postępowania Prezesa UZP i kwestionowaniu ich przez Zamawiającego, organem przesądzającym o wystąpieniu naruszenia ustawy będzie i tak Krajowa Izba Odwoławcza. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Zamawiającego poddanie zagadnienia ostatecznemu osądowi Izby na tym etapie postępowania także wpływa na optymalizację czasu trwania postępowania kontrolnego. W przypadku, gdyby kwestia nie była aktualnie zweryfikowana przez Izbę, a postępowanie było przedmiotem kontroli Prezesa UZP, który taką wadę by stwierdził, zalecenie zawarte w wyniku kontroli sprowadzałoby się do ponowienia czynności i w ich wyniku do odrzućenia oferty Odwołującego jako skutku kontroli. W sprawie stanowisko musiałaby zająć KIO wydając uchwałę. Gdyby uchwała ta potwierdziła prawidłowość ustaleń Prezesa UZP Zamawiający dokonywałby czynności odrzućenia oferty Odwołującego co, z kolei dawałoby kolejne podstawy do odwołania do KIO. Podsumowując, decyzja Zamawiającego o odrzućeniu oferty Odwołującego w wyniku ponownej czynności badania i oceny ofert była podjęta świadomie i konsekwentnie, była czynnością własną Zamawiającego, podjętą przy uwzględnieniu stanowiska Izby zawartego w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie sygn. akt KIO 1745/17, KIO 1746/17, które wobec kategoryczności stanowiska Izby nie mogło być w ocenie Zamawiającego pominięte przy ponownym rozstrzygnięciu postępowania. Dalej przyznał, że Odwołujący nie wycenił dodatkowych szkoleń w FCS (poz. 27), aczkolwiek to nie Odwołujący wstawił „kreski” w pozycji 27 w FCS. Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2017 roku wskazał, że szkolenia dodatkowe nie były wycenione w ofercie Odwołującego.

Odnosnie zarzutu braku dostatecznego oraz wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzućenia oferty Odwołującego wskazał, że Zamawiający powołał w treści uzasadnienia decyzji o odrzućeniu oferty Odwołującego

fragmenty stanowiska Izby z uzasadnienia orzeczenia, które stały się podstawą do zmiany stanowiska i unieważnienia czynności poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego. W szczególności uzasadnienie wskazuje na następującą argumentację in extenso z treści uzasadnienia wyroku Izby: „Hyundai wprowadził do treści formularza, już po terminie składania i otwarcia ofert nowe, nieistniejące na dzień złożenia informacje odnośnie ceny za szkolenia dodatkowe”, „z oferty wykonawcy Hyundai nie wynika jedna, konkretna cena jednostkowa roboczogodzin lub osobo roboczogodzin za godzinę szkolenia, którą Zamawiający mógłby się posłużyć przy korekcie”. W ocenie Zamawiającego, uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji jest dostatecznie klarowne i jak wynika z treści samego odwołania dało wystarczające podstawy do sformułowania i podniesienia zarzutów odwołania wobec tej czynności. Jak wynika z powyższego deficyt uzasadnienia faktycznego dla dokonanej czynności odrzucenia ofert Odwołującego nie występuje. Z powyższego wniosek, że skoro „Hyundai wprowadził do treści formularza, już po terminie składania i otwarcia ofert nowe, nieistniejące na dzień złożenia informacje odnośnie ceny za szkolenia dodatkowe” to oznacza to, że niepodanie, wymaganej zgodnie z SIWZ w ofercie, wyceny szkoleń dla pozycji FCS nr 27 oznacza, że po pierwsze dane te nie mogły zostać zmodyfikowane, uzupełnione, podane po upływie terminu składania ofert, po drugie zaś, że skoro oferta wykonawcy złożona w postępowaniu, nie zawiera informacji nt. podstaw do ustalenia wysokości ceny usług dla pozycji nr 27 jakie ewentualnie mogłyby posłużyć do korekty oferty w tym zakresie, to nie może znaleźć zastosowania dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że prezentowane w trakcie rozprawy stanowisko uległo zmianie wobec jednoznacznie negatywnej oceny Izby wobec działań Zamawiającego w postępowaniu. Osąd Izby przedstawiony w uzasadnieniu orzeczenia wskazuje jednoznacznie na stwierdzone przez Izbę naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP w kwestionowanej czynności Zamawiającego. Zatem, w ocenie Zamawiającego, rzekoma niekonsekwencja w czynnościach Zamawiającego nie ma miejsca. Zamawiający zrewidował czynność poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego zgodnie z poglądem Izby do czego był uprawniony. Zamawiający uznał, w szczególności dwa powyższe argumenty na które powołała się Izba w uzasadnieniu orzeczenia, które stały się dla Izby podstawą tezy o naruszeniu w czynności Zamawiającego Pzp za trafne. W konsekwencji zarzucane naruszenie art. 92 Pzp poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia nie ma miejsca w postępowaniu. Wykonawca uzyskał informację o unieważnieniu czynności poprawienia omyłki, a także w konsekwencji o podstawach faktycznych niezgodności treści oferty z SIWZ, które nie mogły być sanowane w drodze procedury, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać dodatkowo należy, że jak wynika z obszernego odwołania i prezentowanej argumentacji zakres informacji, które były niezbędne wykonawcy dla oceny zgodności z ustawą PZP czynności dokonanej przez Zamawiającego okazał się wystarczający. (tak: przykładowo wyrok KIO sygn. akt. KIO 1733/16):. Przepisy Pzp nie wskazują jak szeroki zakres informacji ma zostać podany, tym samym to zamawiający wskazuje przyczyny stanowiące podstawę odrzucenia oferty podając faktyczne powody tego odrzucenia. Ustawodawca nie określił, w jaki sposób ma być podawane uzasadnienie faktyczną a/e uzasadnienie faktyczne to wskazanie jaka niezgodność w ocenie zamawiającego zachodzi pomiędzy danym oferowanym przedmiotem zamówienia a wymaganiami zamawiającego określonym/ w dokumentacji postępowania. Nie wynika z żadnego przepisu ustawy również, aby zamawiający miał przedstawiać tok myślowy, jaki doprowadził go do dokonanej oceny oferowanego urządzenia, jak również nie wynika z przepisów ustawy, aby zamawiający miał przedstawiać jakiegokolwiek dowody wykonawcy na potwierdzenie dokonanej przez siebie oceny oferty. Zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek, zmienić swoją decyzję co do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy poweźmie informację o niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w siwz, ale to również nie rodzi po stronie zamawiającego jakichś nowych szczególnych obowiązków informacyjnych co do dokonanej oceny oferty. Zamawiający dodatkowo wskazał, że zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek informacyjny w zakresie obowiązku przedstawiania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego odrzucenia oferty jest kierowany wyłączenie wobec uczestnika postępowania. Nie ulega wątpliwości, że uczestnik postępowania, w tym przypadku Odwołujący, którego czynność dotyczy, posiada wiedzę na temat przebiegu postępowania i wykonywanych w jego toku czynności, był także odwołującym w sprawie, w której Izba wydała orzeczenie, w którego uzasadnieniu znajduje się kwestionowana rekomendacja Izby. Uwzględniając powyższe należy, w ocenie Zamawiającego mieć na względzie, że w tych realiach stanowisko Odwołującego, który rzekomo nie wie co stało się podstawą odrzucenia oferty uznać należy za głosowne i nieznamujące uzasadnienia w faktach. Podkreślił, że skoro obowiązek informacyjny Zamawiającego na podstawie art. 92 ustawy Pzp w zakresie uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty jest powiązany z przysługującymi wykonawcy środkami ochrony prawnej, to poziom szczegółowości uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego zawarty w decyzji z dnia 16 marca 2018 r. uznać należy za wystarczający dla oceny poprawności tej czynności i podstaw do wniesienia odwołania, w którym Odwołujący przedstawia wyczerpująco stanowisko merytoryczne polemiczne z decyzją Zamawiającego. Odwołujący, jak to wynika z odwołania, doskonale wie co leży u podstaw odrzucenia jego oferty i argumentuje kwestionując podstawy faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty.

Podsumowując stwierdził, że wbrew stanowisku Odwołującego, że uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego było wystarczająco precyzyjne, a jednocześnie dostatecznie

konkretne dla skorzystania ze środka ochrony prawnej merytorycznej oceny podstawy odrzucenia oferty.

Odnosnie zarzutu, że nie jest prawdziwa teza zawarta w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że w ofercie Odwołującego nie została wyceniona wymagana przez

Zamawiającego pozycja 27 F-CS, tj. nie podano wymaganej ceny za szkolenia dodatkowe i

cena ta nie wynikała z żadnego innego elementu oferty, stwierdził, że temu twierdzeniu przeczy w szczególności sama treść oferty z której w sposób oczywisty wynika, że szkolenia

dodatkowe zostały uwzględnione w ofercie. Argumentem świadczącym na rzecz powyższej tezy ma być fakt złożenia w ofercie oświadczenia, że oferuje „wykonania zamówienia określonego w SIWZ, tj. C.) przeprowadzenie szkoleń, a także oświadczył, że: „w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do realizacji całego zakresu zamówienia”. Odwołujący stwierdza wręcz, że z oferty wynika, iż cena za szkolenia została podana i jest zgodna z ceną wynikającą z FCS. Zamawiający podkreślił, że powyższe oświadczenie ogólne stanowiące element szablonu jaki Zamawiający rekomendował do wypełnienia składając ofertę nie ma waloru zastępującego wymagane wraz z ofertą elementy treści tej oferty. (tak przykładowo wyrok sygn. akt 1045/17). W przedmiotowej sprawie, jak potwierdza ustalenie KIO, jak też przede wszystkim sama treść oferty Odwołującego, FCS nie zawiera wyceny wskazanej pozycji usług będących przedmiotem zamówienia. Gdyby było inaczej, proces wyjaśniania treści oferty i w jego wyniku stanowisko Odwołującego, który w wyjaśnieniach stwierdził, że omyłkowo nie wycenił usług w wymaganej pozycji, ponieważ świadomie wycenił usługę we wszystkich pozycjach pozostałych formularza na poziomie ok 2% dla każdej pozycji od 1-26 FCS, byłoby zbędne. Gdyby istotnie treść oferty Odwołującego taką wycenę zawierała, czynności zarówno wezwania do wyjaśnienia Odwołującego a w konsekwencji poprawienie treści FCS Odwołującego, wyrażenia zgody na dokonanie tych poprawek nie nastąpiłyby, a zatem Izbą nie mogłaby stwierdzić naruszenia Pzp w czynnościach, które nie musiały wystąpić. W zakresie nieuwzględnienia przez Zamawiającego podnoszonych przez Odwołującego okoliczności poprzedzających złożenie oferty Odwołujący stwierdza, że pkt 14 Rozdziału I SIWZ dotyczący sposobu obliczania ceny oferty, w szczególności ppkt 142,1 -

Zamawiający wskazał, że wbrew stanowisku Odwołującego wzór FCS zawarty w SIWZ nie pełnił jedynie funkcji „narzędzia” kalkulacyjnego a stanowi dla spornej pozycji dotyczącej szkoleń dodatkowych samodzielną podstawę do ustalenia ceny jednostkowej szkolenia oraz do rozliczenia tych szkoleń. Szkolenia dodatkowe stanowią samodzielny komponent wyceny i co ważne, wobec faktu, że zgodnie z udzielonymi w trakcie postępowania wyjaśnieniami SIWZ (pytanie i odpowiedź nr 400) stanowią element przedmiotu zamówienia, a ich wykorzystanie przez Zamawiającego nie jest komponentem wyceny zryczałtowanej (dla pozycji 1-26) — nie było dopuszczalne uwzględnianie tego kosztu w cenie pozostałych pozycji FCS. Rozliczenie dla pozycji nr 27 na etapie wykonania zamówienia będzie zależało od faktycznego wykorzystania tych usług rozliczanych stawką rozliczeniową godzinową podawaną w poz. 27,

Odnosząc się do zarzutu obiektywnej niemożności wypełnienia przez Odwołującego pozycji 27 w FCS, Zamawiającego podkreślił, że w przypadku trudności związanych z wypełnieniem szablonu FCS, to — po pierwsze wykonawca miał prawo skierować do Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy Pzp, — po drugie żaden z pozostałych uczestników postępowania — 4, takich problemów z wypełnieniem wskazanej tabeli w poz. 27 FCS nie miał. Odnosnie podnoszonych przez Odwołującego okoliczności towarzyszących Odwołującemu podczas składania oświadczenia (oświadczeń) woli w ofercie:

- wskazania ceny za „Szkolenia” w ofercie (Formularzu Cenowym), która odpowiadała cenie całkowitej z FCS zgodnie z ppkt 14.2.1, Rozdziału I SIWZ;
- W ocenie Zamawiającego sam fakt tożsamości wartości podsumowania FCS z ceną zawartą w Formularzu Cenowym nie dowodzi, że cena zawarta w FCS uwzględniała wycenę usług z poz. 27 a nawet mógłby być odczytany wręcz przeciwnie, tożsamość wyceny dla podsumowania FCS z formularzem Cenowym przy pominięciu w FCS wyceny dla pozycji 27 wskazuje, że cena zawarta na Formularzu Cenowym nie uwzględniała całego przedmiotu zamówienia - pozycji 27 FCS;
- wyraźnego oświadczenia Odwołującego o objęciu ofertą całego przedmiotu zamówienia oraz o dokonaniu wyceny tego przedmiotu zgodnie z pkt 14 Rozdziału I SIWZ;

- Jak Zamawiający wskazał powyżej ogólne oświadczenie o zgodności treści oferty z SIWZ w konfrontacji z rzeczywistą treścią tej oferty, przy braku wyceny w ofercie tej pozycji nie może być dowodem o zgodności treści oferty z SIWZ;
- braku oświadczenia Odwołującego o nieobjęciu ofertą szkoleń dodatkowych (w szczególności należy zauważyć, że w kolumnach 8 i 12 w poz. 27 FCS Odwołujący nie wpisał cyfr znaków graficznych w postaci: „kreskę”, czy też słów: „nie dotyczy” lub „brak”, a także w żadnej części oferty nie stwierdził, że cena za „Szkolenia” w Formularzu Cenowym nie obejmuje szkoleń dodatkowych);

W zakresie podnoszonego tematu braku Ew. „negatywnego oświadczenia” Odwołującego na kanwie ustaleń Izby z wyroku sygn. akt KIO 1745/17, KIO 1746/17, w którym Izba uznała, że mamy do czynienia w ofercie Odwołującego z analogicznym sposobem wypełnienia tabeli FCS z tabelą pracochłonności w ofercie konsorcjum Stadler Zamawiający stwierdza, że Izba najprawdopodobniej omyłkowo potraktowała w identyczny sposób obydwie tabele, podczas gdy tabela FCS miała istotnie narzuconą przez Zamawiającego kreskę we wskazanej pozycji. Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego uwzględniając powyższe, nie posłużył się w tym zakresie argumentacją przedstawioną przez Izbę. Podkreślił, że te okoliczności nie zmieniają faktu, że nadal w ofercie Odwołującego brak wyceny pozycji, która miała być wyceniona, Fakt nie podania w pozycji kreski nie zmienia tego faktu, że FCS nie

zawiera:

- wyceny wymaganej pozycji przedmiotu zamówienia, w dodatku komponentu samodzielnie rozliczanego w fazie realizacji zamówienia;
- zamiaru Odwołującego zaoferowania wykonania całości przedmiotu zamówienia, w tym szkoleń dodatkowych, który został potwierdzony w Wyjaśnieniach Odwołującego (s.116 i nast. ...) w załączonym dokumencie do oferty oferent przewidział cenę dla szkoleń dodatkowych w wysokości 20 000 zł - została ona w kalkulowanej w Całkowitą cenę brutto (w PLN) W tym przypadku cena jednostkowa szkolenia dodatkowego wynosi 50 zł:
- zamiaru wyceny przez Odwołującego szkoleń dodatkowych w FCS w wyniku kalkulowania jej w cenie jednostkowej dla pozycji od 1 do 26 ES, której dokonanie potwierdził, informując że: „Przy całkowitej kalkulacji szkolenia dodatkowe zostały uwzględnione w cenach jednostkowych dla Lp. od 1 do 26 (średnio ok 2%)”.

W ocenie Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w treści oferty Odwołującego, fakt w kalkulowaniu wyceny pozycji 27 w pozycje 1- 26 nie wynika z treści oferty i został zaprezentowany dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty; niezamierzonych i niezawinionych przez Odwołującego przyczyn niewypełnienia poz. 27 w FCS, które zasygnalizował w Wyjaśnieniach Odwołującego wskazując, że: „(a..) omyłkowo wartość szkoleń dodatkowych nie została wyłączona jako odrębna pozycja do lp. 27. Przy kalkulacjach Wykonawca zakładał bowiem, że szkolenia dodatkowe zostaną rozłożone na poszczególne grupy podmiotowo-tematyczne (Lp. 1-26)”. W ocenie Zamawiającego treść SIWZ nie pozwalała na przyjęcie takich twierdzeń braku wpływu niewypełnienia poz. 27 w FCS na zakres świadczeń wskazanych w ofercie złożonej przez Odwołującego, całkowitą cenę szkoleń i cenę zawartą w tej ofercie. Oczywiście przy uwzględnieniu stanowiska o „rozłożeniu” kosztu pozycji 27 na pozostałe pozycje 1-26, co jednak jak wskazano powyżej nie znajduje odzwierciedlenia w treści samej oferty.

Odnosnie podnoszonych okoliczności świadczących o tym, że Zamawiający rozumiał treść FCS w tożsamy sposób z Odwołującym, a w związku z tym nie było podstaw do zmiany interpretacji FCS do wydaniu Wyroku wskazał na wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co stanowi w ocenie Odwołującego o tym, iż Zamawiający z pewnością nie był przekonany o braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaś jego niepewność nie sprowadzała się do niemożności uzupełnienia poz. 27 FCS, a jedynie do tego, czy oferta obejmuje szkolenia dodatkowe.

Podniósł, że uprawnienie do wyjaśnień treści oferty jest suwerennym prawem Zamawiającego, z którego może ale nie musi korzystać. W konsekwencji z samego faktu skierowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnień nie można wywodzić wniosku, że znajdzie zastosowanie i będzie dopuszczalne i zgodne z PZP poprawienie niezgodności treści oferty z SIWZ na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podał ponadto, że w piśmie z dnia 4 września 2017 roku, DW-261-58.3263.2017.OJ.MG.PB (s. 13) wskazał, że niewypełnienie poz. 27 w FCS dotyczy jednego z wielu, drobnego elementu zamówienia, wycenionego w innych ofertach w przedziale od kilkudziesięciu do stu kilkudziesięciu tysięcy złotych”, przedstawiając szczegółową kalkulację w tym zakresie:

- a) w ofercie konsorcjum Stadler&Solaris (Odwołującego) na 64.000 zł netto, co stanowi ok.

0,0036% ceny oferty netto (po poprawkach),

b) w ofercie Skoda (po poprawkach Zamawiającego, o czym niżej) na 125568 zł netto, co stanowi ok 0,0056% ceny oferty netto (po poprawkach),

c) w ofercie Pojazdów Szynowych Pesa Bydgoszcz SA. na 100.000 zł netto, co stanowi niecałe ok 0,0045% ceny oferty netto (po poprawkach),

d) w ofercie Astom Konstal S.A. na 165 456 zł netto, co stanowi niecałe ceny oferty netto (po poprawkach), a ponadto wyraźnie stwierdził/ że: „wartość niewycenionego elementu nie stanowi nawet promila wartości całego zamówienia.

W tej sytuacji możliwe byłoby nawet uznanie, że cena szkoleń dodatkowych jest zawarta w cenach jednostkowych szkoleń wymienionych w pozycjach 1-26 Formularza Cenowego Szkoleń. Stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie konsorcjum Stadler prezentowało stanowisko procesowe zgodne z pierwotną decyzją Zamawiającego o poprawieniu w ofercie Odwołującego omyłki. W związku ze stanowiskiem Izby w uzasadnieniu orzeczenia i przy uwzględnieniu argumentacji jaka legła u jego podstaw, Zamawiający zrewidował swoje stanowisko, do czego jest uprawniony.

Odnosnie podnoszonej okoliczności zaistniałej po zakończeniu postępowania, mającej swoje źródło w czynnościach Zamawiającego dokonanych przed złożeniem FCS przez Odwołującego oraz jej istotnego wpływu na ocenę prawną niewypełnienia doz. 27 FCS Odwołujący wskazuje na wyraźne przyznanie przez Zamawiającego ex post - po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu - w przywołanym wyżej piśmie z dnia 4 września 2017 roku (s. 14), iż FCS SIWZ „(...) w ostatniej pozycji mógł budzić wątpliwości przy jego wypełnianiu przez Wykonawców. Stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny zarówno treści SIWZ jak i procedury wyjaśniającej ten dokument w trybie art. 38 ustawy PZP przy uwzględnieniu procedury wyjaśniającej treść oferty, która stała się podstawą do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba oceniła, że stanowisko Zamawiającego było podjęte z naruszeniem ustawy i jako takie zostało przez Zamawiającego zrewidowane zgodnie ze stanowiskiem Izby. Zamawiający w kontekście uzasadnienia orzeczenia Izby nie zgodził się z tezą o niejednoznaczności czy wadliwości FSC. Nie zgadza się także z tezą o automatycznej „świętej zasadzie” każdorazowego stosowania interpretacji pro wykonawczej SIWZ. Po pierwsze, o ile treść SIWZ nie wymaga zabiegów interpretacyjnych, co uznała Izba za stwierdzone, oczywistym jest, że taka interpretacja nie znajdzie zastosowania w myśl paremii „dara non sunt interpretanda po drugie zaś, nawet w przypadku niedoskonałości specyfikacji jak wskazuje orzecznictwo KIO (tak przykładowo wyrok KIO sygn. akt KIO 2025/16). Nie każda niedoskonałość opisu przedmiotu zamówienia może być interpretowana na korzyść wykonawcy, który się na nią powołuje, a taka zasada wywiedziona w orzecznictwie nie ma charakteru absolutnego, gdyż znaczenie mają okoliczności danej sprawy. Nie zgadzając się z twierdzeniem Odwołującego, że celem złożenia wyjaśnień Odwołującego było odtworzenie prawidłowej treści oświadczenia (oświadczeń) woli Odwołującego, która została zniekształcona w sposób przypadkowy na etapie uzewnętrzniania jej w FCS i w związku z tym Zamawiający winien potraktować wyjaśnienia Odwołującego jako integralną część oferty Odwołującego a treść tych wyjaśnień była wiążąca dla Zamawiającego na równi z ofertą Odwołującego podczas oceny czy doszło do wyceny szkoleń dodatkowych zgodnie z wymaganiami SIWZ, dlaczego nie wypełniono pozycji 27 w FCS oraz czy Zamawiający dysponował danymi wynikającymi z oferty Odwołującego umożliwiającymi poprawę niewypełnionej pozycji w FCS, Zamawiający podał, że: „Przeciwnie stanowisko zaprezentowała Izba w uzasadnieniu orzeczenia KIO sygn. akt 1745/17, KIO 1746/17, uznając, że skoro na poziomie treści złożonej oferty nie było dostępnych informacji o tym czy i na jakim poziomie wyceniono wymaganą pozycję formularza cenowego a jednocześnie żadna część oferty takich danych, które pozwoliłyby taką informację ustalić nie zawierała, to Zamawiający stosując procedurę wyjaśniającą przekroczył granicę wyznaczoną art. 87 ust. 1 ustawy Pzp”. Takie stanowisko Izby Zamawiający uznał za dopuszczalne w okolicznościach sprawy i stąd rewizja czynności oceny oferty Odwołującego i podał, że był uprawniony do zmiany wykładni postanowień siwz w toku Postępowania. Zamawiający zwrócił uwagę, że wyjaśnienie na pytanie 400 potwierdziło w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że usługi wymienione w poz. 27 FCS stanowią element przedmiotu zamówienia i mają być w konsekwencji zarówno elementem treści oferty wykonawców jak i przedmiotem samodzielnej wyceny w ofercie wykonawców. W kontekście powyższego wniosek o naruszeniu przez Zamawiającego zakazu dokonywania zmiany SIWZ po terminie składania ofert jest niezrozumiały. Treść SIWZ została ustalona w sposób ostateczny w dacie składania ofert i nie uległa, bo i nie mogła ulec zgodnie z powołanym przepisem, jakimkolwiek zmianom.

Odnosnie zarzutu (nr 4 i 5) odrzucenia z powodu drobnej i niezamierzonej omyłki technicznej polegającej na błędnym zaprezentowaniu przez Odwołującego ceny za szkolenia dodatkowe w innych miejscach tego formularza niż oczekiwał tego Zamawiający - zastosowanie najsurowsza sankcja przewidziana w Pzp, Zamawiający wskazał, że skoro

Izba oceniła działanie Zamawiającego polegające na poprawieniu omyłki w ofercie Odwołującego jako naruszające ustawę i jako takie niedopuszczalne, to ocena intencji Odwołującego z etapu składania oferty pozostaje bez znaczenia dla decyzji o odrzuceniu oferty. Zamawiający po analizie orzeczenia Izby uznał, że w ocenie Izby ze względu na wrażliwy charakter kryteriów oceny ofert, stosowanie w zakresie ich dotyczącym liberalnych zasad kreowania/modyfikacji oświadczeń woli - w tym modyfikacji treści oferty musi być poddane szczególnym restrykcjom.

Zamawiający zwrócił też uwagę, że brak wyceny w FSC wskazanej pozycji 27 (jej pominięcie), nie pozwala, na podstawie samej treści oferty potwierdzić oświadczenia Wykonawcy, że te szkolenia dodatkowe zaoferował. Odnosząc się do stwierdzenia Odwołującego, że precyzyjnie przedstawił (odtworzył) w swoich wyjaśnieniach sposób wyceny szkoleń dodatkowych, dostarczając Zamawiającemu wszystkich wymaganych danych do poprawy FCS, Zamawiający wskazał, że poprawienie omyłek dokładnie tak jak przedstawił to Odwołujący w swoich wyjaśnieniach byłoby nieprawidłowe z uwagi na błędy rachunkowe.

Odnosząc się do stwierdzenia, że Odwołujący znajdował się w błędnym, lecz uzasadnionym (wadliwą budową FCS i nieścisłościami w SIWZ) przekonaniu co do zgodności z SIWZ sposobu prezentacji ceny za szkolenia dodatkowe w FCS, Zamawiający podtrzymał powyżej przedstawione stanowisko. Odwołujący nie kwestionował treści SIWZ, a jego obowiązkiem było zapoznanie się z treścią zarówno SIWZ jak i wyjaśnień. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że poprawne wypełnienie pozycji 27 FCS sprowadzało się jedynie do wskazania ceny jednostkowej i pomnożenia jej przez wskazaną przez Zamawiającego liczbę godzin (400). Zamawiający podkreślił za orzecznictwem KIO (przykładowo wyrok KIO 2735/15), że: (1) Wszelkie wątpliwości znajdujące się w dokumentacji przetargowej, powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Zasada ta nie może jednak dotyczyć każdej informacji, która nie jest w sposób prawidłowy zinterpretowana przez profesjonalnego wykonawcę. Od profesjonalnego wykonawcy wymaga się szczególnej staranności i fachowości przy sporządzeniu oferty; (2) Wymóg, by zamawiający do każdego, nawet nieskomplikowanego formularza dołączał instrukcję jego wypełnienia, doprowadziłby do absurdu zawartą w art. 29 ust. 1 Pzp, zasadę opisaną przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W tym kontekście, w ocenie Zamawiającego sposób wypełnienia tabeli, a już w szczególności wycena poz. 27 FCS nie powinna nastroczać problemów Odwołującemu, a podnoszenie w treści odwołania kolejnych wątpliwości w ocenie Zamawiającego ma jeden cel - użytek na potrzeby bieżącej sytuacji procesowej Odwołującego, który usiłuje przerzucić odpowiedzialność za niepodanie wyceny usługi na Zamawiającego i jego sposób opracowania SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania przystąpił: (1) wykonawca Skoda Transportstion a.s. z siedzibą w Pilźnie (Przystępujący SKODA) oraz (2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (pełnomocnik konsorcjum), Siedlce SOLARIS Bus & Coach spółka akcyjna z siedzibą Bolechowo-Osiedle, SOLARIS Tram spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Środzie Wielkopolskiej (Przystępujący Stadler), którzy także wnosili o odrzucenie tego odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp, i zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (Przystępujący PESA).

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2018 r. odwołania zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez Izbę.

Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu.

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez wykonawcę PESA (KIO 558/18) uczestnicy postępowania (Zamawiający oraz Przystępujący) wnioskowali o odrzucenie tego odwołania wskazując jako podstawę prawną art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, które: „zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”. Zdaniem wnioskodawców przedmiotem odwołań są okoliczności, co do których Odwołujący powziął lub przy

dołożeniu należytej staranności mógł powziąć wiedzę na wcześniejszych etapach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Postępowanie), a następnie wnieść odwołanie (odwołania) od działań Zamawiającego opartych na tych okolicznościach. Podkreślali, że zasadniczą okolicznością, kwestionowaną w odwołaniu jest wysokość kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia publicznego w przedmiotowym Postępowaniu. Wskazywali także, że ta kwota była znana Odwołującemu od dnia 19 maja 2017 r. w której to dacie Zamawiający podał do wiadomości wykonawców - na publicznym otwarciu ofert - kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia - 2 323 057 581 zł brutto. Tym samym w dniu 29 maja 2017r. upłynął termin na skuteczne zaskarżenie tej czynności. Wskazali także, że w dniu 12 sierpnia 2017r. uczestniczący w Postępowaniu wykonawcy (zatem również Odwołujący), otrzymali informację od Zamawiającego o braku możliwości podwyższenia kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty wówczas najkorzystniejszej złożonej przez Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie (wykonawca SKODA) tj. do kwoty 2 710 396 955,60 zł brutto oraz o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym zdaniem wnioskodawców także w sierpniu 2017 r. bezskutecznie upłynął termin na zaskarżenie tej czynności przez Odwołującego. Podkreślono, że Odwołujący nie wskazał nowych okoliczności faktycznych i prawnych ani dowodów, które mogłyby świadczyć o tym, że unieważnienie Postępowania, ma walor „nowości” w stosunku do pierwszego unieważnienia. Z dokumentacji Postępowania również nie wynika, aby ponowna decyzja Zamawiającego o niezwiększeniu kwoty uprzednio zadeklarowanej na sfinansowanie zamówienia w Postępowaniu oraz ponowne unieważnienie Postępowania w marcu 2018 r. (pismo z dnia 16 marca 2018 r.) różniło się od tych, jakie zostały dokonane w sierpniu 2017 roku.

Izba nie uwzględniła tego wniosku uznając, że wskazywane okoliczności nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia tego odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Przede wszystkim fakt poinformowania wykonawców w trybie art. 86 ust.3 Pzp - na otwarciu ofert - o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia nie może stanowić w stanie faktycznym tej sprawy samodzielnej podstawy do ustalenia terminu, o którym stanowi art. 182 ust. 1 - 3 ustawy Pzp. Podana na publicznym otwarciu ofert kwota może być, co do zasady zmieniona, albowiem w myśl wskazanego art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnienie postępowania następuje w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Izba stwierdza także, że pierwsza z decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 94 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp (w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SKODA) została podjęta w roku 2017 w dniu 12 sierpnia, (następnie uchylona) i z jej treści (pismo z dnia 11 sierpnia 2017 r.) nie wynika kategoryczne oświadczenie, że w prowadzonym Postępowaniu na żadnym jego etapie nie będzie możliwe podwyższenie kwoty ogłoszonej na otwarciu ofert lub też nie będzie możliwe dokonywanie przesunięć w ramach tej kwoty, czy ograniczanie zakresu w związku z podziałem na zamówienie podstawowe oraz zamówienie opcjonalne i zamówienia uzupełniające. Obiektywnie do marca 2018 roku mogły zaistnieć okoliczności, których uwzględnienie pozwalałoby na zwiększenie podanej kwoty, a o których wykonawcy nie musieli być wyprzedzająco informowani. Dopiero dokumentacja Postępowania pozwalała na stwierdzenie, że ponowna decyzja Zamawiającego o niezwiększeniu kwoty uprzednio zadeklarowanej na sfinansowanie zamówienia w Postępowaniu oraz ponowne unieważnienie Postępowania w marcu 2018 roku została podjęta z powodów analogicznych jak decyzja w sierpniu 2017 roku. Reasumując Izba stwierdza, że wbrew twierdzeniom wnioskodawców (tak: pismo procesowe Przystępującego HYUNDAI z dnia 16/03/2018) wniesienie odwołania nie narusza zasady koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Także nie stanowi obejścia przepisów Pzp o długości terminów przewidzianych na wniesienie odwołania i przedłużenia Postępowania, albowiem odwołanie zostało wniesione od nowej czynności Zamawiającego skonkretyzowanej decyzją z dnia 16 marca 2018 r., która tylko pośrednio wiąże się ze stanem rzeczy istniejącym na wcześniejszym etapie Postępowania.

Izba w przypadku tego odwołania nie zgodziła się także z zarzutem podnoszonym przez Przystępującego HYUNDAI, że jest ono dotknięte istotnym uchybieniem formalnym (art. 180 ust. 3 Pzp), które uniemożliwia określenie zakresu orzekania Izby, jak również ustosunkowanie się do twierdzeń Odwołującego przez strony i uczestników Postępowania. W odwołaniu wykonawca PESA kwestionując unieważnienie Postępowania (kluczowy zarzut) jednoznacznie wskazuje, że decyzja ta narusza art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem jego zdaniem Zamawiający bezprawnie nie podwyższył budżetu przeznaczanego na sfinansowanie zamówienia do ceny zaofertowanej przez Odwołującego oraz, że nie uzasadnił właściwie decyzji o unieważnieniu tego Postępowania.

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez wykonawcę HYUNDAI (KIO 574/18) uczestnicy postępowania - Przystępujący SKODA i Przystępujący STADLER (z wyłączeniem Zamawiającego oraz Przystępującego PESA) wnioskowali o odrzucenie tego odwołania wskazując jako podstawę prawną art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, które: „dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Zdaniem wnioskodawców przedmiotem odwołania są okoliczności, które wynikają z wyroku z dnia 5 marca 2018 r. KIO 1745/17, w którym Izba szeroko omówiła czynność poprawienia przez Zamawiającego oferty Hyundai i uznała, że „W obu przypadkach (w stosunku do oferty Stadler jak i Hyundai — dopisek Przystępującego SKODA w piśmie z dnia 29/03/2018) mamy do czynienia z wymaganymi przez Zamawiającego wartościami, które wykonawcy mieli za zadanie podać w złożonej ofercie i w obu przypadkach nie wykonali ciężących na nich obowiązków, co w obliczu argumentacji prawnej przedstawionej w rozpoznaniu pierwszego zarzutu winno skutkować odrzuceniem obu ofert na tych samych podstawach prawnych i z uzasadnieniem faktycznym braku podania wymaganych danych w ofercie - jednakże Zamawiający tak nie postąpił i w inny sposób ocenił oferty. W tym kontekście można stwierdzić, że działanie Zamawiającego było niezgodne z zasadami Prawa zamówień publicznych, jak również innymi wskazywanymi przez Odwołującego przepisami tej ustawy. Jednakże brak prawidłowości w postępowaniu Zamawiającego w odniesieniu do innego wykonawcy (tutaj Odwołującego), nie może stanowić uzasadnienia, bowiem w przeciwnym wypadku doszłoby do sytuacji, w której czynność Zamawiającego niezgodna z zasadami stanowiłaby uzasadnienie naruszenia tychże zasad w przypadku innego wykonawcy. Dlatego też, choć Zamawiający postąpił różnie w stosunku do Odwołującego i do Hyundai, w tym pierwszym wypadku nie poprawiając oferty wykonawcy (nie wzywając do podania nowych danych), a w drugim dokonując takiej poprawy przez samodzielne przyjęcie nowej treści oferty (Zamawiający nie zaakceptował zmiany proponowanej przez wykonawcę, lecz dokonał samodzielnej korekty, wartości szkoleń), nie można przyjąć zasadności postawionego przez Odwołującego zarzutu. Uwzględnienie rozpoznawanego zarzutu doprowadziłoby do zatwierdzenia przez Izbę działania Zamawiającego niezgodnego z prawem, czego Izba nie może uczynić”. Zdaniem wnioskodawców w przytoczonej części uzasadnienia wyroku Izba wprost wskazała na konieczność odrzucenia oferty HYUNDAI w związku z brakiem dopuszczalności poprawienia oferty tego wykonawcy. Zdaniem wnioskodawców także Zamawiający wykonał czynności zgodnie z wyrokiem KIO.

Izba nie uwzględniła powyższego wniosku uznając, że wskazywane przez Przystępujących okoliczności nie mogą stanowić uzasadnienia do odrzucenia tego odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp. Przede wszystkim wyrok z dnia 27 lutego 2018 r., dotyczył zarzutów podnoszonych w odwołaniach o sygn. akt: KIO 1745/17 i KIO 1746/17, w których zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy HYUNDAI nie został podniesiony. Także w sentencji tego wyroku Izba nie nakazała odrzucenia tej oferty, czy też jej ponownej oceny, wskazując wprost (str. 83 uzasadnienia), że: „Mając na względzie złożony przez Odwołującego wniosek o uznanie argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu tego zarzutu jako podstawy do przyjęcia zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert Hyundai i Skoda na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba stwierdziła, że nie było podstawy do przyjęcia, że zarzut taki został przez Odwołującego w odwołaniu podniesiony. Odwołanie się w ostatnim zdaniu odwołania do konieczności odrzucenia ofert ww. wykonawców Izba oceniła jako uzasadnienie wcześniej już podanej argumentacji faktycznej odnoszącej się do naruszenia zasad prowadzenia postępowania, mającej się wyrażać w traktowaniu wykonawców w odmienny sposób. Budowa zarzutu i

podniesiona argumentacja faktyczna nie pozwala na uznanie, że mamy do czynienia z innym zarzutem niż nakierunkowany na dokonanie poprawy oferty Odwołującego”. Takie

stanowisko znajduje potwierdzenie także w wydanym Postanowieniu z dnia 23 marca 2018 r., w którym Izba nie dostrzegła podstaw do zmiany sentencji wyroku.

Wobec powyższych ustaleń odwołania zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie w kolejności nadanych im sygnatur i dat zarządzeń Prezesa KIO [pierwsze z dnia 3/04/2018 i drugie z dnia 5/04/2018]. Izba na marginesie z uwagi na wnioskowaną przez wykonawcę PESA [na posiedzeniu a następnie podtrzymaną na rozprawie] zmianę kolejności ich rozpoznawania wskazuje na bezprzedmiotowość wniosku Odwołującego PESA co do kolejności rozpoznawania odwołań. Przede wszystkim odwołania zostały skierowane zarządzeniem Prezesa KIO z dnia 29 marca 2018 r. do łącznego rozpoznania i tym samym w sprawie tej wydany mógł być wyrok po ich jednoczesnym rozpoznaniu na tej

samej rozprawie. Tym samym argumentacja Odwołującego PESA oparta na twierdzeniu, że rozstrzygnięcie w pierwszej kolejności zarzutów z odwołania wykonawcy HYUNDAI może mieć wpływ na jego decyzję, co do podtrzymania zarzutów w jego odwołaniu nie mogła stanowić w tej sprawie oparcia dla decyzji Izby o zmianie kolejności rozpoznawania odwołań.

Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawcy mają legitymację procesową do wniesienia odwołań wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Izba dodatkowo, wobec zarzutu Przystępującego HYUNDAI, co do braku legitymacji wykonawcy PESA do wniesienia odwołania, zgodziła się z argumentacją Odwołującego PESA, że wykonawca ten wykazał konkretny, rzeczywisty interes we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody pozostającej w adekwatnym związku przyczynowym ze wskazanymi w odwołaniu w jego przekonaniu naruszeniami przepisów prawa. Oferta tego wykonawcy została oceniona jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu w tym Postępowaniu, a zatem uchylenie decyzji o unieważnieniu Postępowania w wyniku uwzględnienia przez Izbę odwołania pozwoliłoby Odwołującemu PESA uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Sygn. akt: KIO 558/18

Odwołanie wykonawcy PESA podlega oddaleniu, albowiem podnoszone w odwołaniu zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzut zaniechania uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia o unieważnieniu postępowania - Izba stwierdziła, że stosownie do postanowień art. 92 ust.1 Pzp dla podjętej przez zamawiającego decyzji, w tym przypadku o unieważnieniu postępowania (pkt 7), ustawa Pzp wymaga podania uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zawiadomienie z dnia 16 marca 2018 r. (pismo DWZ.261,58,864.2018) jest zgodne z

dyspozycją tego przepisu. Zawiera zarówno informację w przedmiocie unieważnienia Postępowania, jak również wskazuje uzasadnienie tak prawne jak i faktyczne czynności. Zamawiający poinformował uczestników Postępowania, że wobec dokonania równoległe czynności odrzucenia oferty wykonawcy Hyundai Rotem Company w tym Postępowaniu wyłączenie oferta wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, której cena przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przy jednoczesnym braku możliwości zwiększenia tej kwoty. Zatem ta decyzja, tak w aspekcie formalnym jak i materialnym, jest poprawna. Zamawiający w tej decyzji przedstawił także relacje pomiędzy ceną ostateczną oferty po poprawieniu omyłek i odniósł tę wartość do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jednocześnie zaś wskazał na brak możliwości pozyskania brakujących środków - kwoty ponad 402 mln zł - do ceny oferty Odwołującego. Izba zgodziła się także z Zamawiającym, że stanowiący podstawę unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego szczególnego ciężaru dowodowego, w szczególności przedstawiania dowodów na okoliczność podjęcia prób pozyskania dodatkowych środków, czy dodatkowych źródeł finansowania zamówienia, jako warunku skutecznego podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania na tej podstawie. Kwotą kluczową (którą zamawiający realnie posiada lub będzie posiadał) dla podejmowanych decyzji jest kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, podawana przez zamawiającego - stosownie do wymagań art. 86 ust.3 Pzp - bezpośrednio przed publicznym otwarciem ofert.

Także nie zasługuje na uwzględnienie zarzut nieuzasadnionego unieważnienia postępowania - z naruszeniem art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp. Tak jak już wskazano art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego podejmującego decyzję o unieważnieniu Postępowania na tej podstawie szczególnego ciężaru dowodowego. Izba stwierdza ponadto, że Zamawiający na rozprawie - wobec argumentacji Odwołującego - wykazał, że w stanie faktycznym tej sprawy nie jest (i nie było) możliwe pozyskanie kwoty ponad 402 mln zł, stanowiącej różnicę pomiędzy wielkością środków przeznaczonych na realizację tego zamówienia, a ceną oferty Odwołującego. Faktycznie, przedmiotowe zamówienie obejmuje zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne oraz udzielenie w perspektywie także zamówień uzupełniających. Jednakże powyższe nie musiało oznaczać, że Zamawiający ma już w chwili obecnej zagwarantowane środki zarówno na zamówienie podstawowe, opcję jak i zamówienia uzupełniające i może — jak twierdzi Odwołujący — przesunąć na sfinansowanie zamówienia podstawowego środki finansowe przewidziane na zrealizowanie

zamówienia objętego prawem opcji bądź środki finansowe przewidziane na zrealizowanie zamówień uzupełniających. Kwotą kluczową dla podejmowanych decyzji jest kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, ogłoszona bezpośrednio przed publicznym otwarciem ofert. Jak wykazał Zamawiający, uzyskał niezbędną zgodę korporacyjną na zaciągnięcie zobowiązania związanego z udzieleniem zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie - Uchwałę Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z dnia 25 stycznia 2017 r. z którego to dokumentu wynika, że dostawa tramwajów w ramach opcji będzie mogła być zrealizowana pod warunkiem posiadania przez Zamawiającego środków finansowych oraz akceptacji zakupu przez m. st. Warszawa, w ramach zawartej w dniu 6 sierpnia 2008 r. Umowy Wykonawczej o świadczenie usług przewozowych w lokalnym transporcie zbiorowym tramwajowym w latach 2008-2027. Powyższe zostało uwzględnione w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - w rozdziale III SIWZ (Istotnych postanowieniach umowy) w §1 ust. 5 - gdzie zastrzeżono, że warunkiem uruchomienia prawa opcji w części lub w pełnym zakresie będzie oświadczenie woli Zamawiającego wykonania zamówienia w ramach prawa opcji (...) oraz, że złożenie oświadczenia przez Zamawiającego uzależnione będzie od zabezpieczenia przez niego środków finansowych na ten cel i uzyskania zgody m.st. Warszawy, jako organizatora publicznego transportu zbiorowego na terenie m.st. Warszawy. Odwołujący zatem przyjął niezasadnie, że Zamawiający ma zabezpieczone obecnie środki finansowe na zrealizowanie zamówienia objętego prawem opcji i wystarczy ich przesunięcie na zrealizowanie zamówienia podstawowego. To samo dotyczy zamówień uzupełniających (zgodnie z postanowieniami SIWZ ewentualne zamówienia uzupełniające mają polegać na dostawie elementów specjalistycznego wyposażenia obsługowego, pakietu naprawczego, przeprowadzeniu szkoleń oraz wykonywaniu napraw powypadkowych) nie jest możliwe przesunięcie tych środków, gdyż na chwilę obecną Zamawiający tych środków nie posiada. Zamawiający wyraźnie zastrzegł w SIWZ, że gwarantowany zakres zamówienia stanowi podstawowy zakres zamówienia. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, wskazującego na listę projektów dofinansowanych, że Zamawiający podejmując decyzję o skorzystaniu z prawa opcji bądź zamówień uzupełniających w pełnym zakresie, posiada możliwość uzyskania dodatkowego finansowania w tym zakresie. Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, (przedstawiając podstawowe informacje dotyczące zawartych umów o dofinansowanie), że dotychczas podpisał trzy umowy o dofinansowanie, w ramach których będzie dofinansowany zakup części tramwajów z zamówienia podstawowego i na dzień unieważnienia postępowania (16 marca 2018 r.) nie było (i nie ma do chwili obecnej) możliwości zwiększenia uzyskanych wielkości dofinansowania dla projektów Zamawiającego, gdyż projekty te nie funkcjonują odrębnie — projekty te są elementem całości dofinansowania, które uzyskało Miasto st. Warszawa na wszystkie swoje projekty w zakresie transportu publicznego, zarówno samodzielnie (budowa II linii metra), jak i poprzez miejskie spółki transportowe. Zamawiający poinformował także, że dokonał analizy własnych możliwości finansowych, co do możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i dał temu wyraz w piśmie z dnia 16 marca 2018 r., w którym poinformował uczestników Postępowania, o braku możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny wynikającej z oferty Odwołującego. Niewątpliwie to Zamawiający jest dysponentem tych środków i odpowiada za ich wydatkowanie i kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez Zamawiającego, co do zasady, nie należy do kompetencji stron i uczestników Postępowania. Przyjęcie w stanie faktycznym tej sprawy stanowiska Odwołującego oznaczałoby, że Zamawiający byłby ograniczony w wydatkowaniu środków i kreowaniu strategii prowadzonej przez niego działalności. Ponadto w tym stanie faktycznym brak jest - na co wskazywał Przystępujący HYUNDAI - jakichkolwiek racjonalnych podstaw, aby twierdzić, że Zamawiający miał możliwość pozyskania większych środków na sfinansowanie tego zamówienia. Celem bowiem prowadzonego Postępowania jest nabycie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na te cel, co mieści się w autonomii instytucji zamawiającej w tym zakresie, a podjęta decyzja wyrażająca zamiar udzielenia zamówienia w zakresie dostaw tramwajów, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez Zamawiającego granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdza także, że wnioski Odwołującego PESA o uzyskanie przez Izbę od jednostki - Centrum Unijnych Projektów Transportowych informacji o projektach realizowanych przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. zostały pominięte. Izba zwraca uwagę, że dowody dla rozstrzygnięcia sprawy mają być pozyskiwane i przedstawiane przez Strony i uczestników postępowania, a nie przez organ orzekający w sprawie. Na marginesie Izba stwierdza, że te informacje były bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania albowiem ustalenia wskazane powyżej w tej sprawie pozwalały na jej rozstrzygnięcie.

Odwołanie wykonawcy HYUNDAI podlega uwzględnieniu, w zakresie kluczowego zarzutu wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na błędne uznanie, że ta oferta w pozycji 27 Formularza Cenowego Szkoleń (FCS) nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Konsekwencją tego jest także uwzględnienie zarzutu i żądania związanego z niezasadnym unieważnieniem przedmiotowego Postępowania, albowiem jego unieważnienie było skutkiem niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie podlegają uwzględnieniu.

W odwołaniu podniesiono siedem zarzutów, z których pierwszy i drugi sprowadza się do kwestionowania czynności oceny oferty Odwołującego w zakresie pozycji 27 FCS opartej bezpodstawnie - zdaniem wykonawcy - na argumentacji wynikającej z uzasadnienia wyroku z dnia 27 lutego 2018 r. w sprawie KIO o sygn. akt: 1745/17 (połączonej ze sprawą KIO 1746/17), czego skutkiem było uchylenie decyzji z dnia 17 lipca 2017 r. o poprawieniu omyłek w tym Formularzu na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba co do tych zarzutów stwierdziła, że wskazany wyrok w jego sentencji nie dotyczył podstaw odrzucenia oferty HYUNDAI. Tak jak wynika z tej sentencji pkt 1 lit. A. i B uwzględnione zostały zarzuty skierowane do oferty SKODA z odwołań wniesionych przez Konsorcjum Stadler (1745/17) oraz wykonawcy HYUNDAI (1746/17). W istocie na stronie 81 uzasadnienia zawarte zostały okoliczności odnoszące się do oferty HYUNDAI (poz. 27 FCS), jednakże jak stwierdziła KIO zostały one powołane w kontekście zarzutów podniesionych wobec tej oferty (jak i oferty SKODA) w odwołaniu Konsorcjum Stadler - KIO 1745/17. W tym odwołaniu (pod lit. D) wskazano na naruszenie: „ Art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 2-3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców w Postępowaniu oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności z uwagi na poprawianie treści ofert Hyundai oraz Skoda w znacznym rozmiarze i zakresie przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego z nieuzasadnionych powodów”. W uzasadnieniu tego odwołania także wskazano, że: „Zamawiający odrzucił ofertę

Odwołującego, przy jednoczesnym poprawianiu omyłek o dużo większym rozmiarze i zakresie w ofertach innych wykonawców, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”. W odniesieniu do oferty HYUNDAI podniesiono, że: (...) wykonawca ten nie wskazał ceny oferowanej za przeprowadzenie szkoleń dodatkowych w dołączonym do oferty Formularzu Cenowym Szkoleń („FCS”). (wiersz 27 FCS pozostawił niewypełniony), mimo iż było to wymagane treścią pkt 11.8.7 SIWZ, Załącznika nr 5 do Formularza oraz Załączniku nr 3 do rozdziału II SIWZ, określającym wymagany do zaoferowania zakres szkoleń. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zmienił wartości wszystkich cen jednostkowych szkolenia wskazane w kolumnie 8, wiersze 1-26 oraz konsekwentnie poprawił omyłki rachunkowe w kolumnach 9 i 12 na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Bazował przy tym na wyjaśnieniach Hyundai i złożonym po terminie składania ofert nowym zmienionym FCS, w których wykonawca ten obniżył ceny jednostkowe wszystkich szkoleń (kolumna 8, wiersze 1-26) o ok 2%. Otrzymałą różnicę podał jako całkowitą cenę szkoleń dodatkowych”. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że KIO na stronie 83 uzasadnienia wyroku z dnia 27 lutego 2018 r. podała: „Mając na względzie złożony przez Odwołującego wniosek o uznanie argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu tego zarzutu jako podstawy do przyjęcia zarzutu zaniechania przez

Zamawiającego odrzucenia ofert Hyundai i Skoda na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Izba stwierdziła, że nie było podstawy do przyjęcia, że zarzut taki został przez Odwołującego w odwołaniu podniesiony”.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz treść uzasadnienia decyzji z dnia 16 marca 2018 r. a także stanowisko przedstawiane w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane na rozprawie Izba uznała podnoszone zarzuty za niezasadne. Tak jak wskazywał Zamawiający, dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego, kierował się stanowiskiem, jakie zaprezentowała Izba w uzasadnieniu wyroku w odniesieniu do oceny legalności czynności poprawiania przez Zamawiającego w treści oferty omyłki, jednakże czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie stanowi wykonania nakazu sformułowanego w orzeczeniu Izby, ale suwerenną czynność Zamawiającego, do której był uprawniony w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert. Niewątpliwie faktyczna decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego miała podstawy w stanowisku Izby wyrażonym w uzasadnieniu orzeczenia, jednak nie oznacza to, że stanowiła wykonanie tego orzeczenia. Cytowane w uzasadnieniu argumenty z uzasadnienia stanowią natomiast argumentację jaka stanowiła uzasadnienie faktyczne dla

podejmowanej decyzji z dnia 16 marca 2018 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy HYUNDAI po uprzednim ustaleniu, że nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp dla ustalenia ceny za szkolenia dodatkowe w pozycji 27 FCS.

Tym samym Izba - w stanie faktycznym sprawy - nie zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest niejasne, nie przystaje do treści tej oferty oraz rzeczywistej sytuacji prawnej zaistniałej po wydaniu wyroku z dnia 27 lutego 2018 r. Zamawiający bowiem w tej decyzji w jej punkcie 3, (nawiązując co prawda do wyroku z dnia 27 lutego 2018 r. i podobnie w punkcie 2 tej decyzji) jednoznacznie podał, że oferta wykonawcy HYUNDAI została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, (...) ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w ofercie Hyundai nie została wyceniona wymagana przez Zamawiającego pozycja 27 FCS, tj. nie podano wymaganej ceny za szkolenia dodatkowe i cena ta nie wynikała z żadnego innego elementu oferty; ponieważ oferta nie zawiera wymaganego i odrębnie rozliczanego elementu zamówienia, a braku tego nie można uznać za omyłkę możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, to uznać należy, że treść oferty Hyundai jest niezgodna z treścią SIWZ".

Na marginesie, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego wyrażony w odpowiedzi na odwołanie, że uwzględniając wartość przedmiotu zamówienia, jak również źródło pochodzenia środków, skutkujące (.) m.in. zastosowaniem w sprawie procedury

obligatoryjnej kontroli uprzedniej Prezesa UZP, jak również mając na względzie ewentualne możliwe konsekwencje stwierdzonych przez inne instytucje kontrolujące legalność

postępowania, naruszeń Pzp (...), Zamawiający nie mógł stanowiska Izby wyrażonego w wyroku z dnia 27 lutego 2018 r. pominąć. Odrębną kwestią jest ocena, czy w istocie Izba w wydanym orzeczeniu KIO 1745/17 badała wszystkie okoliczności związane z poprawieniem omyłki w ofercie HYUNDAI oraz, czy stanowisko Izby wyrażone w uzasadnieniu orzeczenia w rozstrzyganej sprawie w kontekście teoretycznie (nie faktycznie) podobnych niektórych elementów okoliczności poprawienia tej omyłki, kategorycznie obligowało Zamawiającego - jak argumentował - do jego uwzględnienia w trakcie ponownej czynności oceny oferty HYUNDAI w ten sposób, że ofertę tego wykonawcy należało odrzucić na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp bez ponownej analizy okoliczności związanych z tą ofertą i dokonania stosownych porównań. Skład orzekający w tej sprawie zwraca uwagę, że ocena - jak podano w uzasadnieniu wyroku na str. 81 i 83, (co już cytowano) była nakierowana na ocenę podstaw odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy i podnoszonej w tym kontekście argumentacji odnoszącej do poprawienia omyłek w treści oferty SKODA i HYUNDAI. Dodatkowo należy wskazać na argumentację ze str. 81 uzasadnienia, że: „W obu przypadkach mamy do czynienia z wymaganymi przez Zamawiającego wartościami, które wykonawcy mieli za zadanie podać w złożonej ofercie i w obu przypadkach nie wykonali ciężających na nich obowiązków, co w obliczu argumentacji prawnej przedstawionej w rozpoznaniu pierwszego zarzutu skutkować winno odrzuceniem obu ofert na tych samych

podstawach prawnych i z uzasadnieniem faktycznym braku podania wymaganych danych w ofercie (.)

Kolejne zarzuty związane z kwestionowaną czynnością odrzucenia oferty HYUNDAI (zarzut 3, 4 i 5) zostały oparte na twierdzeniu, że „nowa” wykładnia FCS oraz „nowe” ustalenia faktyczne, podane w piśmie z dnia 16 marca 2018 r. nie uwzględniają istotnych okoliczności, wynikających z dokumentacji Postępowania, w szczególności:

S postanowień specyfikacji - rozdziału I pkt 14;

S opisu pozycji 27 w kolumnach 3, 7, 8 i 9 i w konsekwencji obiektywnej niemożliwości wypełnienia przez Odwołującego tej pozycji 27;

S wyjaśnień wykonawcy złożonych w piśmie z dnia 23 czerwca 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2017 r.

Izba, rozpoznając kluczowy zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy HYUNDAI na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nie zastosowanie procedury poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonała następujących

ustaleń:

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: „2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (...). Stosownie do postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie: „3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (.).

Zgodnie z pkt 11.8.7. rozdz. I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców. Do oferty należy dołączyć Formularz Cenowy Szkoleń (zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do Formularza Oferty). Ponadto zgodnie z pkt 14.2.1 IDW cenę z Formularza Cenowego Szkoleń należało przenieść do pozycji „Szkolenia” w Formularzu Ofertowym. Według wzoru Formularza Cenowego Szkoleń (FCS) - Załącznika nr 5 do Formularza Oferty (rozdz. IV SIWZ) w poz. 27 należało wycenić szkolenia dodatkowe, których ilość Zamawiający przewidział na łączną sumę 400 godzin. Zgodnie z przypisem „3)” zamieszczonym pod tabelą, cenę dla tych szkoleń należało podać za godzinę szkolenia, inaczej niż dla szkoleń opisanych w poz. 1-26 FCS, dla których należało podać cenę jednostkową za przeszkolenie grupy szkoleniowej, dla której łączna liczba osób do przeszkolenia i liczba grup szkoleniowych była określona w tym Formularzu. W przypadku szkoleń dodatkowych w FCS podano tylko łączną sumę godzin. W kolumnach dotyczących liczby osób i liczby grup we wzorze FSC Zamawiający wstawił kreski.

Wykonawca HYUNDAI w wierszu 27 FCS nie podał ceny jednostkowej za godzinę szkoleń dodatkowych, jak i łącznej ceny za 400 godzin szkoleń dodatkowych - tę pozycję w kolumnach od 9 do 12 (dotycząca cen) pozostawił niewypełnioną. Zamawiający zwrócił się do Hyundai Rotem Company (w pkt III pisma z dnia 13 czerwca 2017r.) o wyjaśnienie, czy wykonawca oferuje wykonanie 400 godzin szkoleń dodatkowych (pozycja 27 formularza), a jeśli tak, dlaczego pozycja ta nie została wypełniona. W odpowiedzi na powyższe wykonawca Hyundai pismem z dnia 23 czerwca 2017r. wyjaśnił, że przewidział cenę dla szkoleń dodatkowych w wysokości 20.000 zł, która została włączona w całkowitą cenę brutto oraz wskazał na cenę jednostkową szkolenia dodatkowego w kwocie 50 zł. Podał także, że „Przy całkowitej kalkulacji szkolenia dodatkowe zostały uwzględnione w cenach jednostkowych dla Lp. od 1 do 26 (średnio ok. 2 %), jednakże omyłkowo wartość szkoleń dodatkowych nie została wyłączona jako odrębna pozycja do Lp. 27”. Przy kalkulacjach Wykonawca zakładał bowiem, że szkolenia dodatkowe zostaną rozłożone na poszczególne grupy podmiotowo-tematyczne (Lp. 1-26). W związku z tym Całkowita cena brutto (w PLN) szkoleń pozostaje nie zmieniona (.) jak zaprezentowano w Załączniku 7 (..) dołączonym do niniejszych wyjaśnień”. Wykonawca wniósł o poprawienie oferty zgodnie z tym Załącznikiem 7.

Izba - z uwagi na sugerowany (także w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego) wpływ spornej okoliczności na ocenę tej oferty w kryterium cena - dodatkowo ustaliła że cena za szkolenia ustalona przez wykonawcę w formularzu FCS nie była samodzielnym kryterium oceny, a tym samym takiego kryterium nie stanowiła także cena jednostkowa za szkolenia dodatkowe z pozycji 27 FCS. Według specyfikacji w punkcie 16.2.1. ustalone zostało jako jedno i wyłączne kryterium „Cena oferty”. Ta cena miała wynikać - wg pkt 14 specyfikacji - z Formularza oferty (pkt 14.1), w którym to Formularzu należało podać (.) ceny za poszczególne elementy zamówienia oraz wyliczyć cenę oferty sumując wartości poszczególnych pozycji w tabeli na Formularzu Oferty przy czym (m.in. pkt 14.2): cena netto w PLN oraz całkowita cena brutto w PLN w pozycji „Szkolenia” musi być zgodna z wartością (odpowiednio netto i brutto) wyliczoną na Formularzu Cenowym Szkoleń (..).

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny, skład orzekający Izby stwierdza, że w niniejszej sprawie zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty HYUNDAI jest zasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawca HYUNDAI ani w Formularzu Ofertowym, ani w Formularzu Cenowym Szkoleń, ani w innym dokumencie nie zawarł opisów, które wskazywałyby, że zamiarem wykonawcy było niezrealizowanie szkoleń dodatkowych. Na Formularzu Cenowym Szkoleń nie ma żadnych adnotacji, które by przeczyły temu stwierdzeniu. Wskazywane przez KIO w wyroku z dnia 28 lutego 2018 r. (sygn. akt: KIO 1745/17 i KIO 1746/17) wykreślenia w kolumnie 6 i 7 wynikają ze wzoru FCS, który został przekazany do wykonawców, a nie są skutkiem ingerencji w treść tego formularza przez wykonawcę. Także w decyzji z dnia 16 marca 2018 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy HYUNDAI - jak wskazano powyżej - zamawiający stwierdzając, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, że: „w ofercie Hyundai

nie została wyceniona wymagana przez Zamawiającego pozycja 27 FCS, tj. nie podano wymaganej ceny za szkolenia dodatkowe i cena ta nie wynikała z żadnego innego elementu oferty; ponieważ oferta nie zawiera wymaganego i odrębnie rozliczanego elementu zamówienia, a braku tego nie można uznać za omyłkę możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, to uznać należy, że treść oferty Hyundai jest niezgodna z treścią SIWZ. Zatem niezgodność tej oferty w związku z FCS należy odnosić do braku podania cen jednostkowych (netto i brutto) oraz cen łącznych dla szkoleń dodatkowych w pozycji 27, a nie do pominięcia w Formularzu zakresu świadczenia w obszarze szkoleń. Ta okoliczność została przez wykonawcę zdaniem Izby potwierdzona w wyjaśnieniach w piśmie z dnia 23 czerwca 2017 r. Izba zwraca uwagę, że wykonawca bezpośrednio w odpowiedzi na wezwanie podał, że szkolenia dodatkowe wycenił w ramach pozostałych 26 pozycji FCS. W toku rozprawy uprawdopodobnił, że sposób prezentacji był wynikiem analizy całości dokumentacji, w tym opisów kolumn dla pozycji 27 FSC w kontekście załącznika nr 3 do SIWZ, który obejmował tylko 26 pozycji.

Wskazany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16 marca br. brak wyceny w pozycji 27 FCS oferty HYUNDAI jest bezsporny. Także wymaganie specyfikacji w przedmiocie odrębnej wyceny szkoleń dodatkowych i podania tego w poz. 27 FCS uwzględniając odpowiedź na pytanie 400 także jest bezsporne. Jednakże w świetle wyjaśnień Odwołującego ze wskazaniem na „wadliwość” opisów w kolumnach w szczególności w kolumnie 9 ten brak mógł spowodować sporną omyłkę (techniczną) popełnioną skutkiem odczytania opisów niezgodnie z ich celem, skutkiem czego została zaprezentowana cena za szkolenia dodatkowe - w innych miejscach (Pozycjach) tego formularza niż oczekiwał tego Zamawiający. Nie zmienia to jednak faktu, że odrębna wycena, także jednostkowa godziny oferowanych szkoleń dodatkowych nie jest istotna dla realizacji tego zamówienia. Realizacja jest możliwa, także szkoleń dodatkowych, natomiast nie byłoby możliwe ich opłacenie na podstawie odrębnej faktury. Z tego też powodu uzasadnione było skierowanie do wykonawcy HYUNDAI wezwania o złożenie w zakresie tej pozycji wyjaśnień i na ich podstawie wyodrębnienie w ramach ogólnej kwoty za te szkolenia kwoty za szkolenia dodatkowe, oraz na jej podstawie ustalenie ceny jednostkowej tego szkolenia w ramach 400 godzin.

Izba dodatkowo za orzecznictwem KIO (Przykładowo: wyrok KIO 1088/179 wskazuje, że w odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy w szczególności na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdy nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę także Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): „W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”.

W stanie faktycznym sprawy trudno nie uwzględniać, że sporna omyłka to omyłka w wypełnieniu Formularza, co do jednego z wielu elementów, która mogłaby powodować w przypadku jej niepoprawienia tylko problem w rozliczaniu tej pozycji - nie jego wykonanie - w

sytuacji, gdyby takie szkolenia dodatkowe (fakultatywne jak podkreślał Zamawiający) zostałyby zleczone. Także ceny z tego Formularza nie stanowiły (jak już wskazywano) samodzielnego kryterium oceny ofert. Należy mieć także na uwadze, że mamy do czynienia z zamówieniem przekraczającym dwa miliardy złotych, a kwestia sporna dotyczy przyszłego i niepewnego elementu związanego z jego rozliczaniem, którego wartość nie stanowi nawet promila wartości całego zamówienia. Tak jak to wynika ze specyfikacji - i na co zwracał

uwagę także Zamawiający (w piśmie z dnia 4 września 2017 i na rozprawie) - szkolenie z pozycji 27 będą realizowane w zależności od potrzeb - w całym lub częściowym zakresie, a nawet wcale (jak twierdził). Tym samym te okoliczności oraz złożone wyjaśnienia, których uwzględnienie pozwala na proporcjonalne obniżenie cen [w tym cen jednostkowych pozostałych pozycji] w ten sposób, że zachowana zostałaby łączna cena za wszystkie szkolenia na poziomie zbliżonym do pierwotnego - pozwalają Zamawiającemu na zastosowanie w tej sprawie procedury z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powoływania się w toku rozprawy przez strony i uczestników postępowania na uzasadnienie do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Izba w pierwszej kolejności zauważa, że intencją ustawodawcy - jak wynika to z tego uzasadnienia - towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 Pzp było - co jest wielokrotnie podkreślane i w orzecznictwie i w doktrynie - było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy Pzp, aby możliwe było korygowanie w ofercie nieistotnych wad, będących wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty. M.in. odnośnie proponowanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 wskazano, że wprowadzenie tej przesłanki (...) w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami". Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - co także jest podkreślane w orzecznictwie - nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej (z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia)- oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Jednocześnie czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności byłoby działaniem sprzecznym z prawem, a także nieracjonalnym, prowadzącym do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co z kolei nie zapewniłoby wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba także stoi na stanowisku, że pojęcie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 nie powinno być interpretowane zawężająco, jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy może, zdaniem Izby, również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia, czy sposobu wyceny elementu i wyrażenia powyższego w ofercie. Tak jak wskazuje się w orzecznictwie, wykonawca może sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych postanowień, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Właśnie tego typu błędy wykonawcy (omyłki), pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jeżeli zatem okoliczności w danym stanie faktycznym nie przeczą w sposób oczywisty i niewątpliwy wyjaśnieniom wykonawcy - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i w takim przypadku poczynić ustalenia, które umożliwią poprawienie niezgodności (braków) z zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Co do możliwości samodzielnego poprawiania przez zamawiającego takiej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, na co wskazuje się także w orzecznictwie, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie formułuje takiej przesłanki. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z tego trybu może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do omyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy w treść oferty. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawiania omyłek bez dalszej ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych od wykonawcy w wyniku takich wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także, czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

Izba w konkluzji stwierdza, że powyższe ustalenia powodowały uwzględnienie przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na decyzję z dnia 16 marca br o odrzuceniu oferty wykonawcy HYUNDAI z pominięciem procedury zastosowania poprawienia w zakresie pozycji 27 FSC omyłki na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, która według ustaleń Izby, jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ale niepowodująca istotnych zmian w treści oferty podlegała poprawieniu na wskazanej podstawie prawnej. Powyższe oznacza, że ponowna ocena oferty z uwzględnieniem dotychczasowych wyjaśnień może pozwolić Zamawiającemu na jej wybór, o ile nie stwierdzi innych powodów dla których taki wybór mógłby naruszać przepisy o zamówieniach publicznych. Także wobec powyższych ustaleń oraz w związku z podstawą faktyczną unieważnienia wywołaną niezasadnym odrzuceniem oferty HYUNDAI, podlega w przypadku tego odwołania uwzględnieniu również zarzut - niezasadnego unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem przywrócenie tej oferty do Postępowania powoduje, że odpadła w tym stanie faktycznym [inaczej niż w sprawie KIO 558/18] przesłanka stanowiąca podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia w sprawie o sygn. akt: KIO 558/18 i o sygn. akt: KIO 574/18 orzeczono jak w sentencji.

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

ze zmianami).

Przewodniczący:

Członkowie: