

Sygn. akt: KIO 2324/10

KIO 2325/10

**WYROK**  
z dnia 16 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 4 i 8 listopada 2010 roku w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2010 roku do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Škoda Transportation a.s, (pełnomocnik), Zamknięta Spółka Akcyjna „Wagonmasz”, z siedzibą dla pełnomocnika: 30 – 128 Pilzno, Republika Czeska, ul. Tyloma 1/57 w dniu 25 października 2010 r. (KIO/ 2324/10)**
- B. Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania, ul. J.M. Iturrioz 26 w dniu 25 października 2010 r. (KIO/ 2324/10)**

od czynności zamawiającego, którym jest **Metro Warszawskie sp. z o.o., 02 – 798 Warszawa, ul. Wilczy Dół 5**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens sp. z o.o. (pełnomocnik), Siemens Aktiengesellschaft Osterreich, Newag S.A. z siedzibą dla pełnomocnika: 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** po stronie zamawiającego w obu postępowaniach odwoławczych

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Škoda Transportation a.s, (pełnomocnik), Zamknięta Spółka Akcyjna „Wagonmasz”, 30 – 128 Pilzno, Republika Czeska, ul. Tyloma 1/57** po stronie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 2325/10

przy udziale **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania, ul. J.M. Iturrioz 26** po stronie odwołującego w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 2324/10

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Metro Warszawskie sp. z o.o., 02 – 798 Warszawa, ul. Wilczy Dół 5 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
    - A. koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:: Škoda Transportation a.s, (pełnomocnik), Zamknięta Spółka Akcyjna „Wagonmasz”, 30 – 128 Pilzno, Republika Czeska, ul. Tyloma 1/57**

- B. koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania, ul. J.M. Iturrioz 26;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **Metro Warszawskie sp. z o.o., 02 – 798 Warszawa, ul. Wilczy Dół 5** w tym:
- A. kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Škoda Transportation a.s, (pełnomocnik), Zamknięta Spółka Akcyjna „Wagonmasz”, 30 – 128 Pilzno, Republika Czeska, ul. Tyloma 1/57** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym,
- B. kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania, ul. J.M. Iturrioz 26** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

## **Uzasadnienie**

I. Metro Warszawskie Sp. z o.o. (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 35 pojazdów sześciowagonowych metra”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 1 maja 2010 r., poz. 2010/S 85-128206 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

W dniu 14 października 2010 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SIEMENS Sp. z o.o., NEWAG S.A., SIEMENS Aktiengesellschaft Osterreich (dalej: Konsorcjum Siemens) oraz o wykluczeniu Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. (dalej: CAF) z postępowania i odrzuceniu jej oferty.

Na taką czynność Zamawiającego złożono w dniu 25 października br. dwa odwołania:

1. Oznaczone sygn. akt KIO 2324/10 – wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Škoda Transportation a.s, (lider konsorcjum) oraz Zamknięta Spółka Akcyjna „Wagonmasz” (dalej: Konsorcjum Škoda ). W odwołaniu wskazano na naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 91 Prawa zamówień publicznych. Według Odwołującego, Konsorcjum Siemens powinno być wykluczone z postępowania z powodu nie wykazania okoliczności, iż wobec SIEMENS Aktiengesellschaft Osterreich nie zostało wszczęte postępowanie likwidacyjne, z powodu wad w załączonym do oferty sprawozdaniu finansowym oraz niezłączenia do oferty certyfikatu poświadczającego dopuszczenie pojazdów do eksploatacji na terenie Unii Europejskiej. Ponadto podnoszono, że oferta Konsorcjum Siemens powinna być odrzucona, bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ pod względem wymogów technicznych.

2. Oznaczone sygn. akt KIO 2325/10 – wniesione przez CAF. W odwołaniu po pierwsze wniesiono o unieważnienie postępowania z powodu wadliwego ustalenia kryteriów oceny ofert, ponadto podnoszono niezasadność wykluczenia Odwołującego CAF z postępowania (Zamawiający uznał, że CAF nie wniosło skutecznie wadium m.in. dlatego, że gwarancja wadialna nie obejmuje przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych) i bezpodstawne odrzucenie oferty CAF (Zamawiający

twierdził, że jest ona sprzeczna z SIWZ, ponieważ do oferty załączono szereg propozycji modyfikacji postanowień umownych, stanowiących integralną część SIWZ). Ponadto Odwołujący CAF wnosił o wykluczenie ofert Konsorcjów Škoda i Siemens, ponieważ bezprawnie zastrzegli oni informacje zawarte w ofertach jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co stanowi zarówno czyn nieuczciwej konkurencji (a więc winno skutkować odrzuceniem ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), a równocześnie jest złożeniem fałszywego oświadczenia w tym zakresie (co z kolei winno skutkować wykluczeniem wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Niezależnie Odwołujący podniósł szereg szczegółowych zarzutów o charakterze technicznym wobec ofert Konsorcjów Škoda i Siemens, które powinny skutkować w ocenie Odwołującego odrzuceniem tychże ofert z postępowania, a to z powodu ich niezgodności z SIWZ. Powyższymi czynnościami Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo istnienia wady postępowania, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przejawiającej się w określeniu i sformułowaniu kryteriów oceny ofert „Zużycie energii elektrycznej” oraz „System utrzymania pojazdu” w sposób, który uniemożliwia dokonanie prawidłowej oceny ofert w tym zakresie i tym samym zawarcie ważnej umowy;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, mimo, że Odwołujący wniósł wadium zgodnie z przepisami i wymaganiami Zamawiającego, a gwarancja bankowa nie jest gwarancją warunkową;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo, że treść oferty jest zgodną z treścią SIWZ;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6) Prawa zamówień publicznych wobec bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny;
- 5) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wystąpienia do Odwołującego z żądaniem wyjaśnień treści złożonej oferty w sytuacji, w której Zamawiający powziął wątpliwości, co do jej treści;
- 6) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez żądanie wyjaśnień w stosunku do oferty Siemens oraz Škoda w zakresie, w którym oferty te nie powinny budzić wątpliwości, a prawidłowa ocena ich treści powinna skutkować ich odrzuceniem, z uwagi na fakt, że oferty te nie spełniały wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ;

- 7) ewentualne naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) oraz 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wobec zaniechania odrzucenia oferty Siemens oraz Škoda lub wykluczenia Siemens oraz Škoda, jako konsekwencja bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Siemens oraz Škoda ;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wobec zaniechania odrzucenia oferty Siemens oraz Škoda , mimo że ich treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 9) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez wybór oferty Siemens, która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert;
- 10) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez brak zachowania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z badaniem skuteczności dokonanego przez Siemens oraz Škoda zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i tym samym uniemożliwienie Odwołującemu weryfikacji złożonych ofert;
- 11) art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez brak zachowania przejrzystości i jawności prowadzonego postępowania na skutek bezkrytycznego uwzględnienia zastrzeżenia informacji przez Siemens oraz Škoda, jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach Siemens oraz Škoda bez uprzedniego dokonania badania czy informacje te faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 28 października 2010 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wydał zarządzenie o łącznym rozpatrzeniu obu odwołań.

Do postępowań odwoławczych przystąpili:

- Konsorcjum Siemens po stronie zamawiającego w obu postępowaniach odwoławczych,
- Konsorcjum Škoda po stronie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 2325/10,
- CAF po stronie odwołującego w postępowaniu odwoławczym KIO 2324/10.

Zamawiający odpowiedział na oba odwołania (pisma z dnia 3 i 4 listopada 2010 r.). Po pierwsze, wnosił o odrzucenie odwołania sygn. akt KIO 2325/10, ponieważ nie załączono do niego wymaganych załączników, a ponadto poddawał w wątpliwość sposób

jego podpisania. Niezależnie od powyższego, odniósł się do zarzutów podniesionych w obu odwołaniach i wnosił o ich oddalenie.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania sygn. akt KIO 2325/10 z powodu wątpliwości co do umocowania osoby podpisującej odwołanie i niepełnej kopii odwołania przekazanej Zamawiającemu (brak niektórych stron załączonego do odwołania tłumaczenia przysięgłego pełnomocnictwa udzielonego w języku hiszpańskim). Izba oddaliła wniosek Zamawiającego, bowiem uznała, że pełnomocnictwo do wniesienia odwołania było prawidłowe, a brak kompletności załączników nie może przesądzać o nieprawidłowym wniesieniu odwołania: Zamawiającemu przekazano odwołanie identyczne, jak w wersji przekazanej Izbie - rzeczywiście Odwołujący CAF nie załączył wszystkich stron tłumaczenia przysięgłego pełnomocnictwa, z którego wynikałoby upoważnienie do wniesienia odwołania, i z tego powodu był wzywany do uzupełnienia braków formalnych, co uczynił w terminie, zatem ta okoliczność nie może być podstawą odrzucenia odwołania.

Izba nie rozpatrywała merytorycznie zarzutu dotyczącego ustalenia kryteriów oceny ofert, podniesionego w odwołaniu sygn. akt KIO 2325/10 – gdyby odwołanie zawierało tylko ten jeden zarzut, podlegałoby odrzuceniu (art. 189 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych). Ponieważ nie można odwołania odrzucić w części, w orzecznictwie przyjmuje się, że zarzuty odwołania wniesione po terminie nie podlegają badaniu na rozprawie, a Izba nie rozstrzyga co do ich istoty. Według składu orzekającego, zarzut odnoszący się do kryteriów oceny ofert winien być podniesiony w terminie przewidzianym do zakwestionowania postanowień ogłoszenia/SIWZ. Odwołujący CAF nie wykazał, aby okoliczności dotyczące jego zastrzeżeń odnośnie kryteriów oceny ofert wyszły na jaw dopiero z chwilą otwarcia ofert i dokonania przez Zamawiającego oceny według tych kryteriów. W ocenie Izby, jeżeli z SIWZ rzeczywiście wynikałoby, że dokonany przez Zamawiającego opis kryteriów oceny ofert pozostawił do swobodnego wyboru wykonawców przyjęcie parametrów wyjściowych będących podstawą do podania danych podlegających ocenie zgodnie z przyjętymi kryteriami, to nie jest to okoliczność, która ujawniłaby się dopiero po otwarciu ofert, ale była znana od samego początku (co najmniej od ujawnienia SIWZ). Zarzut w tym zakresie jest więc spóźniony.

Niezależnie od powyższego, zauważyć należy, że Zamawiający winien unieważnić postępowanie na każdym jego etapie, jeżeli stwierdzi, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych).

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie. Obaj Odwołujący mają interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w uzyskaniu zamówienia, zatem mają podstawę do wniesienia odwołania – w razie potwierdzenia się podnoszonych przez nich zarzutów i powtórnej oceny ofert obaj mają szansę na uznanie przez Zamawiającego ich oferty za najkorzystniejszą. Trzeba wskazać, że istnienie tej szansy z reguły ocenia się na dzień wniesienia odwołania, całościowo, w stosunku do wszystkich podniesionych zarzutów. Jest to istotne o tyle, że wobec odwołania sygn. akt KIO 2325/10 Przystępujący - Konsorcjum Siemens - podnosił, że skoro oczywiste jest, że Odwołujący CAF podlega wykluczeniu, to nie ma on interesu w podnoszeniu zarzutów przeciwko ofercie uznanej za najkorzystniejszą. Ponieważ jednak Odwołujący CAF kwestionował zarówno wybór oferty najkorzystniejszej, jak i zasadność własnego wykluczenia i odrzucenia oferty, Izba uznała, że ma on interes w podnoszeniu tak sformułowanych zarzutów. Gdyby wnosił zastrzeżenia wyłącznie co do prawidłowości oferty najkorzystniejszej, a nie wnosił ich co do własnego wykluczenia – wówczas możnaby uznać, że tak formułując zarzuty odwołania, Odwołujący interesu w uzyskaniu zamówienia (a więc i we wniesieniu odwołania) nie posiada (obie przesłanki z art. 79 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie szkody – muszą wystąpić łącznie). Tak więc istnienie - bądź nieistnienie - interesu ocenia się hipotetycznie, bez rozstrzygnięcia na etapie ustalania istnienia interesu, o słuszności zarzutów. Reasumując, mimo iż ostatecznie (co wynika poniżej z uzasadnienia) Izba uznała, że Zamawiający słusznie wykluczył Odwołującego CAF z postępowania i prawidłowo odrzucił jego ofertę, Odwołujący CAF miał interes, uprawniający do wniesienia odwołania.

#### **sygn. akt KIO 2324/10, sygn. akt KIO 2325/10**

Izba stwierdziła, iż Zamawiający prawidłowo nie zweryfikował w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczeń wykonawców składających oferty (informacji zawartych w ofertach a następnie w wyjaśnieniach) pod kątem posiadania przez nie waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.



Wbrew stanowisku Zamawiającego, które zostało opisane w odpowiedzi na odwołanie sygn. akt KIO 2325/10 z dnia 3 listopada br., skład orzekający uznał, że zarzut w odniesieniu do zaniechania odtajnienia informacji został złożony w terminie. Zamawiający twierdził, że termin na złożenie odwołania w odniesieniu do bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa biegł od dnia, kiedy wykonawca powziął wiadomość o zastrzeżeniu części oferty konkurencyjnej jako tajemnicy przedsiębiorstwa (Odwołujący CAF zapoznawał się z ofertami w dniu 30 sierpnia 2010 r.). Rzeczywiście taki pogląd jest wyrażony w orzecznictwie, jednak Izba w niniejszym składzie go nie podziela. Gdyby przyjąć prawidłowość takiego stanowiska, termin na zakwestionowanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musiałby biec od chwili otwarcia ofert, ponieważ to wówczas wykonawca ma możliwość przy zachowaniu należytej staranności powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 3 Prawa zamówień publicznych) – w wypadku, jeżeli za okoliczność stanowiącą podstawę do zakwestionowania tajemnicy przedsiębiorstwa uznać okoliczność (możliwość) zapoznania się z ofertą konkurencyjną. Skład orzekający uznał jednak, że sama okoliczność zapoznania się z ofertą konkurencyjną i powzięcia wiadomości, że część informacji jest w niej utajniona, nie może stanowić podstawy do wniesienia odwołania w tym zakresie. Podstawą do wniesienia odwołania może być wyłącznie czynność bądź zaniechanie Zamawiającego, a nie innego uczestnika postępowania (co wprost wynika z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Jeżeli wykonawca zapoznaje się z ofertą konkurencyjną przed dokonaniem przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, i dowiaduje się w ramach jej samodzielnego badania, że część oferty jest zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie ma wiedzy, czy Zamawiający dokonał już badania skuteczności zastrzeżenia, czy jest w jego trakcie. Gdyby wykonawca zwrócił się wprost do Zamawiającego z żądaniem ujawnienia informacji, a Zamawiający by odmówił, wskazując, że zastrzeżenie tajemnicy uznał za zasadne – mogłoby to być ewentualnie podstawą do wniesienia odwołania. Samo dostrzeżenie uchybień w ofercie konkurencyjnej nie może jednak stanowić podstawy do wniesienia odwołania – gdyby tak twierdzić, termin na zgłoszenie wszelkich zastrzeżeń wobec ofert konkurencyjnych (w tym również co do podstaw wykluczenia i odrzucenia) biegłby od chwili ich otwarcia.

Równocześnie zauważyć należy, że gdyby zarzut bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa był podnoszony samodzielnie, w oderwaniu od innych zastrzeżeń co do treści oferty, mogłoby się okazać, że wykonawca nie jest w stanie tak sformułować zarzutów, że można byłoby stwierdzić wpływ takiego zastrzeżenia na wynik postępowania, a wówczas odwołanie musiałoby być oddalone ze względu na treść art.

192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. W przypadku niniejszego postępowania odwoławczego tak się jednak nie stało, bowiem w toku rozprawy okazało się, że zarzuty wobec treści oferty Konsorcjum Siemens w szczególności co do podania mocy silnika nie mogą zostać wyjaśnione ze względu na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym nie można było wykluczyć, że zarzuty te są zasadne, co może się okazać dopiero po odtajnieniu części oferty Konsorcjum Siemens. Zatem w tej sytuacji wpływ zaniechania uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wynik postępowania jest istotny.

Strony zgadzały się co do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak miały rozbieżne stanowiska co do kwestii, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica w ten rzeczywiście posiadają. Ponieważ zastrzeżenie informacji jako niejawnych jest wyjątkiem od zasady Prawa zamówień publicznych – zasady jawności, Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien każdorazowo badać, czy oświadczenia wykonawców, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, rzeczywiście zawierają informacje podlegające ochronie. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie, po pierwsze – treści zawartych w tych dokumentach, po drugie - okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. O ile z przepisów Prawa zamówień publicznych nie wynika sposób dokumentowania takiego badania, to jednak można spodziewać się, że zgodnie z zasadą pisemności postępowania, co najmniej wynik takiego badania będzie udokumentowany w aktach postępowania. Jeżeli brak wyraźnej decyzji Zamawiającego co do ujawnienia informacji, oznacza to, że Zamawiający w pełni zaakceptował zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym nie było podstaw, aby uznać, że Zamawiający w ogóle nie weryfikował, czy informacje w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżono zasadnie, jednak stwierdzono, że ostateczna decyzja Zamawiającego w tym zakresie nie była w pełni usprawiedliwiona.

Prawidłowość zastrzeżenia informacji nie może być weryfikowana w oderwaniu od treści informacji zawartych w SIWZ – Zamawiający szczegółowo opisał wymogi w SIWZ, i wykonawcy w ofertach (również w złożonych później wyjaśnieniach) informacje te w dużym stopniu powtarzają; obliczenia z kolei są dedykowane dla konkretnej trasy wyznaczonej przez Zamawiającego. Ponadto oczywiste jest, że niektóre informacje z chwilą powstania dokumentów źródłowych rzeczywiście mogą być chronione jako

tajemnica przedsiębiorstwa, jednak z czasem informacje te są ujawniane, i dostępne powszechnie (np. w internecie).

W konsekwencji, o ile co do zasady nie ma wątpliwości, że dane techniczne (np. silnika) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak jeżeli Zamawiający ustaliłby, że dane te wcześniej, niż w ofercie były podane do publicznej wiadomości, chociażby przez umieszczenie tych danych w internecie, powinien uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne (tj. odtajnić informacje). Zresztą Zamawiający przynajmniej niektóre informacje odtajnił w odpowiedzi na odwołanie (czy to opisując, jakie wyjaśnienia zostały udzielone przez Siemens, czy to podając typ silnika zastrzeżony w ofercie Siemens jako informacja tajna).

Wykonawcy z kolei powinni z ostrożnością decydować się na zastrzeżenie tajemnicy – ponieważ jeżeli zbiorczo zastrzegą plik informacji, a co do niektórych z nich Zamawiający poweźmie pewność, że nie stanowią one tajemnicy – może zdecydować się odtajnić całość. Powyższe uwagi dotyczą również wyjaśnień złożonych w toku postępowania.

Z porównania treści złożonych ofert przez wszystkich uczestników postępowania odwoławczego wyraźnie wynika, że z największą ostrożnością (w odniesieniu do niewielkiego zakresu dokumentów) tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł CAF.

Niewykluczone, że przynajmniej części z zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniach nie podnoszono by w ogóle, gdyby treść ofert i wyjaśnienia były znane uczestnikom postępowania. W ocenie składu orzekającego niedopuszczalne jest zastrzeganie informacji jako niejawnych wyłącznie w celu uniknięcia możliwości weryfikacji ich zgodności z ofertą przez innych wykonawców. Niedopuszczalność ta (zastrzeżenie informacji jako tajne wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji zgodności treści oferty z treścią SIWZ innym uczestnikom postępowania) nie skutkuje jednak uznaniem, że wykonawca popełnił czyn nieuczciwej konkurencji czy złożył nieprawdziwe informacje (jak twierdził Odwołujący CAF w stosunku do ofert Konsorcjum Siemens i Škoda ), ale powinna być powodem odtajnienia tych informacji przez Zamawiającego. Ocenie Izby podlega czynność Zamawiającego, czyli zaniechanie odtajnienia informacji (zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy). Najpóźniej do wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający winien zbadać skuteczność zastrzeżenia informacji. Zamawiający również ma prawo odtajnić informacje tylko częściowo, np. odtajniając część opisową, a nieujawniając rysunków czy wykresów bądź danych osób pracujących nad dokumentem.

Niezależnie od powyższego, jeżeli Zamawiający akceptuje (po weryfikacji) zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, to powinien dołożyć starań w kierunku, aby te informacje pozostały utajnione. Jak wynika z analizy dokumentów złożonych w kopiach do Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający takiej staranności nie dochował (informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały w żaden sposób zapieczętowane i wyróżnione – poza złożeniem w osobnych segregatorach, na grzbietach których co prawda zaznaczono, że zawierają informacje niejawne, jednak w taki sposób, że można byłoby taką wzmiankę łatwo przeoczyć). Ponadto Zamawiający wskazywał, że opinia biegłego (powołanego przez Zamawiającego, jak można wnosić, na podstawie art. 21 ust. 4 Prawa zamówień publicznych) z dnia 26.10.2010 r. również jest utajniona, ponieważ opiera się na informacjach zastrzeżonych jako niejawne. Co do tej opinii Zamawiający nie powziął jakichkolwiek działań, które wskazywałyby na jej utajnienie – nie jest opatrzona żadną klauzulą tajności, i można sądzić, że była ona wpięta w oryginalnej dokumentacji postępowania pośród innych dokumentów, nie opatrzonych klauzulą tajności – tak jak uczyniono to w kopii dokumentacji przekazanej Izbie (opinię Zamawiający przekazał Izbie w oryginale na rozprawie i wówczas wydzielono ją z pozostałych dokumentów).

Podkreślić trzeba także, że Konsorcjum Siemens, oponując na rozprawie przeciwko odtajnieniu informacji z oferty wcale nie powoływało się na charakter tych informacji, a na fakt, że ewentualne odtajnienie informacji będzie wynikało wyłącznie z jego sytuacji procesowej, tym samym spowoduje nierównowagę po stronie uczestników postępowania – ponieważ jego informacje zostałyby odtajnione, a zastrzeżenia tajemnicy w innych ofertach pozostałyby w mocy. Tymczasem wskazać należy, że Zamawiający powtarzając czynność badania i oceny ofert wraz z ujawnieniem informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien dokonać tej czynności z uwzględnieniem zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa rzutowało m.in. na zgłoszenie zastrzeżeń przez Odwołujących odnośnie mocy silnika zaoferowanego przez Konsorcjum Siemens – Odwołujący zarzucali, że Siemens zaoferował dwa alternatywne silniki bądź silnik z dwoma mocami co jest niedopuszczalne i technicznie niemożliwe.

Izba ustaliła, iż w części jawnej, w tabeli na stronie 277 oferty Konsorcjum Siemens, wskazano: „3-fazowy silnik asynchroniczny o mocy 140 kW przy 1800 obrotów/min lub o mocy 160kW przy 2200 obrotów na min”, przy czym nie zaznaczono, jaka to moc (czy trwała, czy nominalna, znamionowa).

Natomiast w części niejawnej, na stronie 394 oferty Konsorcjum Siemens w danych technicznych silnika wskazano: „nominalna moc: 140 kW lub 160 kW”; „nominalna prędkość: 1800 min<sup>-1</sup> lub 2200 min<sup>-1</sup>”.

Obaj Odwołujący upatrywali w danych dotyczących mocy silnika, które zostały opisane w części jawnej oferty Konsorcjum Siemens nieprawidłowości, skutkujących koniecznością odrzucenia oferty – czy to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych (odwołanie sygn. akt KIO 2324/10), czy to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (odwołanie sygn. akt KIO 2325/10). Obaj Odwołujący upatrywali w takim podaniu mocy silnika również cech oferty wariantowej.

Stanowisko Przystępującego Siemens w odniesieniu do aspektu technicznego tak sformułowanych zarzutów (podania w jego ofercie dwóch mocy silnika) było niekonsekwentne: najpierw twierdził on, że silnik posiada różne moce i podano je dla różnej prędkości obrotów, później – po przywołaniu przez Zamawiającego normy w języku angielskim, wskazywał za nim, że można podać dwie różne moce trwałe dla silnika. Normy przedłożonej przez Zamawiającego CEIIEC 60349-2 Izba nie mogła uznać za dowód w sprawie, bowiem nie przedłożono jej tłumaczenia na język polski (normę przedłożono wyłącznie w języku angielskim, tymczasem zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski).

Obie opinie złożone na rozprawie przez Odwołującego Konsorcjum Škoda, opierające się tylko na części jawnej postępowania, założyły, że dla silnika Siemens podano dwie moce trwałe. Tymczasem z przywołanych wyżej dokumentów (stron oferty Konsorcjum Siemens), zamieszczonych zarówno w części jawnej, jak i niejawniej nie wynika taka konstatacja. Tym bardziej nie wynika ona z samej informacji zamieszczonej na stronie 277 w części jawnej.

Dla określenia mocy silnika podaje się różne wielkości mocy: m. in. moc nominalną i moc trwałą; niewykluczone, że spór między stronami wynikał z zamiennego używania pojęć określających dany rodzaj mocy.

Rzeczywiście, z treści oświadczenia na stronie 277 oferty Konsorcjum Siemens nie można wywieść, czy wykonawca oferuje alternatywnie dwa silniki o różnych mocach, czy silnik, dla którego podano różne moce – a jeżeli tak, to której mocy użyto do obliczeń, stanowiących podstawę do oceny w kryteriach „zużycie energii” i „utrzymanie pojazdu” i czy w ogóle mogło mieć to jakieś znaczenie dla tychże obliczeń. Zamawiający nie badał tej kwestii, nie wyjaśniła jej również opinia z dn. 26.10.2010 r., która zasadniczo przyznaje, że są pewne rozbieżności i wątpliwości w obliczeniach wykonawców, ale przyczyn tych rozbieżności upatruje m.in. w „zastosowaniu różnych narzędzi (programów symulacyjnych) i stosowanych w nich algorytmów obliczeniowych” (strona 9 opinii).

Powyższa opinia (wydana przez biegłego, powołanego przez Zamawiającego, jak się wydaje, na podstawie art. 21 ust. 4 Prawa zamówień publicznych) z dnia 26.10.2010 r., która wpłynęła do Zamawiającego w dn. 29.10.2010 r. (a więc już po dacie ujawnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, co nastąpiło w dniu 14.10.2010 r.) w ogóle nie odnosi się do kwestii mocy silnika, zaoferowanego przez Konsorcjum Siemens, lecz jest „Analizą porównawczą parametrów eksploatacyjnych pojazdów metra w zakresie zużycia energii elektrycznej”. Autor opinii stwierdza, że „dostarczone dokumenty w zakresie wymagań dostarczenia informacji nt. charakterystyk ruchowych zasadniczo spełniają wymagania. Niektóre charakterystyki są mało czytelne (...)” (strona 4 opinii). Opisuje, że wykonał własne symulacje dla sprawdzenia obliczeń zawartych w ofertach i „obliczenia wydają się prawidłowe” (strona 9 opinii) oraz podaje prawdopodobne powody, dla których obliczenia dokonane przez wykonawców mogą się różnić od tychże symulacji (obliczenia Siemens i CAF, strona 9 i 10, pkt 3.2 i 3.3). Z akt postępowania nie wynika, czy Zamawiający powyższe wątpliwości wyjaśniał w toku badania i oceny ofert (czy też zostały one dopiero zauważone po wyborze oferty najkorzystniejszej), nie wiadomo też, która moc silnika była brana przez Konsorcjum Siemens przy obliczeniach i konstruowaniu oferty, nie ustalono też, czy mogło to mieć jakiegokolwiek znaczenie dla obliczeń.

W zakresie zarzutu dotyczącego zużycia energii na cele nietrakcyjne (odwołanie sygn. akt KIO 2324/10, strona 6) Izba uznała, że z w obliczeniach zużycia energii na cele nietrakcyjne trzeba było ująć wszystkie urządzenia poza napędem, co wynikało w sposób niebudzący wątpliwości z SIWZ. Zasadniczo nie budziło wątpliwości stron, że na zużycie energii składają się dwa elementy: energia zużywana na napęd (na cele trakcyjne) i energia zużywana na wszystkie inne cele poza napędem (cele nietrakcyjne). Zamawiający nie wymagał w SIWZ wyspecyfikowania ich w ofercie, zatem w tym zakresie wystarczyło oświadczenie wykonawcy, że wszystko urządzenia nietrakcyjne (a raczej: ich zużycie energii) zostało ujęte. Należy jednak zauważyć, że uczestnicy postępowania nie mieli dostępu do utajnionych obliczeń, dedykowanych dla zużycia energii na określonej trasie, i w przypadku ich odtajnienia może zaistnieć ewentualność, że niekonsekwencje w obliczeniach zużycia energii zostaną przez nich wykryte – na obecnym etapie obaj Odwołujący mogli wyrażać jedynie przypuszczenia w tym względzie.

O okoliczności, że w ofercie Siemens są nieścisłości wymagające dalszych wyjaśnień, świadczą nie tylko przypuszczenia Odwołujących zawarte w odwołaniach, wynikające z części jawnej oferty Siemens, ale i treść opinii z dn. 26.10.2010 r., w której autor zauważa, że o ile w ofertach CAF i Škoda podane procentowe udziały czasu poboru energii na cele trakcyjne i rekuperacji sumują się do 100%, to nie sumują się one do

100% w ofercie Siemens. Autor opinii wyraża przypuszczenie co do źródeł takiej rozbieżności, jednak nie zostało to w ocenie Izby ustalone ponad wszelką wątpliwość.

W opinii z dn. 26.10.2010 r. nie zawarto także informacji, czy Zamawiający badał prawidłowości złożonych ofert pod względem zgodności z SIWZ i wiarygodności technicznych zaoferowanych rozwiązań – nie wynika w szczególności, czy badał ofertę Siemens pod kątem podania dwóch mocy silnika i czy ustalił, jakiego rodzaju moc podano o dwóch wartościach oraz czy jest to prawidłowe z punktu widzenia technicznego.

W odpowiedzi na odwołanie sygn. akt KIO 2325/10 na stronie 16 Zamawiający odnosi się do dwóch mocy podanych dla silnika w ofercie Konsorcjum Siemens i stwierdza, że co prawda w praktyce podaje się tylko jedną moc znamionową, jednak dla silników napędowych używanych w pojazdach szynowych można podać dwie moce – dla rozruchu i hamowania. Taka konstatacja jednak nie wynika z treści oferty Konsorcjum Siemens - nie wynika z niej bowiem, jakiego rodzaju dwie moce podano. Jeżeli byłyby to dwie moce dla dwóch różnych trybów pracy silnika, to pojawiają się dwa pytania: dlaczego w danych technicznych dotyczących tego samego silnika, zamieszczonych w internecie, Siemens podaje tylko jedną moc oraz dlaczego pozostali wykonawcy podali tylko jedną moc silnika (czy wobec tego złożone oferty są porównywalne).

Z opinii z dn. 26.10.2010 r. można wywieść (z pkt 3.2 opinii), że w ofercie Siemens obliczano zużycie energii w inny sposób, niż w ofercie CAF i Škoda, a co za tym idzie, uzyskano „wartości mniejsze, niż w przypadku pozostałych ofert”. Zamawiający nie wyjaśnił jednak, czy miało to wpływ na ocenę w kryterium „Zużycie energii”, a nawet jeżeli nie miało wpływu – to czy oferta Siemens w zakresie obliczeń zużycia energii jest zgodna z wskazówkami zawartymi w SIWZ. Wobec takich niejasności nie można było w toku niniejszego postępowania odwoławczego ustalić, czy Odwołujący mają rację wskazując, że w obliczeniach Siemens można było ujmować różne moce wyjściowe (spośród dwóch podanych na stronie 277 oferty Siemens) w zależności od efektu, jaki chce się uzyskać (tzn. oceny w danym kryterium oceny ofert).

Obaj Odwołujący składali wnioski o powołanie biegłego dla wyjaśnienia, czy oferta Konsorcjum Siemens jest zgodna z SIWZ i czy była zgodna z SIWZ na dzień jej złożenia, przed wyjaśnieniami.

Izba uznała, że wnioski o powołanie biegłego muszą być oddalone z powodów formalnych – ocena, czy dana oferta jest zgodna z SIWZ należy do Zamawiającego, i biegły nie byłby w stanie odpowiedzieć na tak ogólnie postawione pytanie. O ile zostały sformułowane wnioski bardziej szczegółowe, to opierały się na błędnych założeniach, wynikających z nieznaności dokumentów zastrzeżonych jako tajne (wnioski w zakresie ustalenia, czy dopuszczalne jest zaoferowanie silnika posiadającego dwie moce trwałe, gdy z oferty Konsorcjum Siemens nie wynika że podane moce to „moce trwałe”).

Ze względu na powyższe okoliczności, Izba uznała, że wobec podniesienia zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia dokumentów i w związku z tym niemożliwością ustalenia na tym etapie postępowania prawidłowości podania dwóch mocy dla silnika przez Konsorcjum Siemens i wartości obliczeń zużycia energii (zarzut 1a i 2 f z odwołania Konsorcjum Škoda i zarzut 4 oraz 5 w zakresie silnika z odwołania CAF), Zamawiający winien powtórzyć czynność badania i oceny ofert, odtajnić dokumenty nie będące tajemnicą przedsiębiorstwa i dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej po wyjaśnieniu wszystkich opisanych wyżej wątpliwości. Wobec faktu, że nie można przewidzieć, jaki wpływ na wynik postępowania będzie miało odtajnienie informacji do tej pory uznanych za niejawne oraz wyjaśnienie wskazanych wątpliwości, należało uwzględnić oba odwołania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych).

Izba stwierdziła, że dane konkretnego silnika wskazanego w ofercie Konsorcjum Siemens są umieszczone w kilku miejscach w internecie (wydruki w aktach sprawy), i zawsze wskazuje się tamże jedną moc, co jednak nie przesądza o rodzaju mocy podanych na stronie 277 oferty Siemens, ani o prawidłowości (pod względem technicznym i zgodności treści oferty z treścią SIWZ) danych ze strony 394 oferty. Niemniej jednak do tych informacji Odwołujący nie mieli dostępu, ponieważ typ silnika oraz jego podstawowe dane techniczne podano w części niejawnej oferty Siemens, a Zamawiający tych informacji nie odtajnił (mimo że dane dla tego typu silnika są, przynajmniej w części, dostępne w internecie).

Reasumując, konieczne jest powtórzenie badania i oceny ofert, odtajnienie informacji nie będących tajemnicą przedsiębiorstwa i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

### **Sygn. akt KIO 2324/10**

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Siemens z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu: tj. nie wykazania okoliczności, iż wobec SIEMENS Aktiengesellschaft Osterreich nie zostało wszczęte postępowanie likwidacyjne

Odwołujący wskazywał, że na stronach oferty 189-207 (162-188 tłumaczenie polskie) złożono Wyciąg z aktualnych danych sporządzony przez notariusza publicznego, który poświadczając miałby fakt, iż nie wszczęto postępowania likwidacyjnego wobec SIEMENS Aktiengesellschaft Osterreich. Zamawiający wezwał Konsorcjum Siemens do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego powyższe (jak również brak ogłoszenia upadłości tego



członka Konsorcjum), w odpowiedzi na które Konsorcjum SIEMENS wyjaśniło, iż okoliczność braku wszczęcia likwidacji odnotowywana jest w rejestrze handlowym spółki. W związku z powyższym, wobec niezamieszczenia takiej informacji w wyciągu z rejestru znajdującego się na stronach 162-207, według Odwołującego należy uznać, iż członek Konsorcjum SIEMENS Aktiengesellschaft Osterreich nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący nie kwestionował, iż dane o wszczęciu likwidacji lub ogłoszeniu upadłości zgodnie z prawem austriackim ujawniane są w rejestrze handlowym spółki, jednak podnosił, iż dokument przedłożony na stronach 189-207 oferty Konsorcjum SIEMENS nie jest dokumentem, o którym mowa w wyjaśnieniach Konsorcjum SIEMENS, bowiem nie jest dokumentem pochodzącym od właściwego organu, tj. sądu (Landesgericht), lecz dokumentem sporządzonym przez notariusza, a zatem podmiot inny niż prowadzący ww. rejestr zgodnie z prawem austriackim. Tym samym – w ocenie Odwołującego - nie ma wymaganej przepisami pewności, iż ujawnione w nim dane potwierdzają aktualny stan faktyczny i prawny spółki SIEMENS Aktiengesellschaft Osterreich. W konsekwencji, powołując się na okoliczność, że Konsorcjum SIEMENS było już wzywane do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak wszczęcia likwidacji i nie ma możliwości do ponownego wezwania tego wykonawcy w powyższym zakresie, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Konsorcjum SIEMENS z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Prawa zamówień publicznych, czyli w związku z niewykazaniem za pomocą właściwego dokumentu okoliczności braku wszczęcia likwidacji.

Na rozprawie Odwołujący złożył wyciąg ze strony internetowej, z którego miało wynikać, jaki dokument jest obowiązujący w Austrii, jeżeli chodzi o ustalenie, czy wszczęto postępowanie likwidacyjne bądź czy ogłoszono upadłość (jest to tzw. „świadectwo rejestracji”).

Z kolei Przystępujący złożył tłumaczenie z języka niemieckiego § 89a austriackiej ordynacji o notariacie (oraz wyciąg z tego aktu prawnego w języku oryginalnym), według którego „odpis notarialny jest „równoznaczny” z dokumentem wydanym przez organ prowadzący publiczną księgę lub rejestr publiczny”. Odwołujący nie kwestionował tłumaczenia przywołanego aktu prawnego, a jedynie jego znaczenie dla możliwości akceptacji – zgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych – wyciągu sporządzonego przez notariusza.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, co następuje: nie można kwestionować prawidłowości dokumentu prawa obcego, jeżeli jest on zgodny z prawem obowiązującym w miejscu jego wydania. Odwołujący utrzymywał, że za pomocą tego dokumentu nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem jest on wadliwy pod względem formalnym – nie można go uznać za dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w polskiego według polskiego prawa.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, można szukać „zamiennika” dla dokumentu prawa obcego jedynie w wypadku, jeżeli w kraju pochodzenia nie wydaje się danego dokumentu. Jednak w Austrii wydaje się odpowiedni dokument, został on załączony przez Siemens do oferty – tłumaczenie polskie ma tytuł „Wyciąg (...)”, oryginał niemiecki (strona 159 oferty) - „Auszug (...)” Dokument został przedłożony w odpisie, który może być traktowany na równi z oryginałem dokumentu wydanym przez właściwy organ (tj. w tym wypadku właściwy sąd rejestrowy) .

Odwołujący argumentował, że Siemens nie złożył dokumentu zgodnego z dokumentem opisanym w systemie informacyjnym „e-certis” (<http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do>) – złożył na rozprawie wydruk ze strony dotyczącej dokumentów wydawanych w Austrii, strona internetowa jest zasadniczo w języku angielskim, Odwołujący załączył tłumaczenie na język polski).

Jak wynika z opisu samego systemu e-certis, na który powoływał się Odwołujący, jest to wyłącznie narzędzie informacyjne, a nie źródło prawa. Dodatkowo, zauważyć należy, że Siemens złożył dokument o identycznej treści, jak opisany jako „Firmenbuchauszug” (nie podano danych dotyczących otwarcia postępowania upadłościowego i nazwisk likwidatorów, co jest zrozumiałe, skoro nie zaistniało otwarcie takiego postępowania), wydawany przez ten sam organ (właściwy sąd prowadzący rejestr handlowy/księgi handlowe – „Firmenbuch”). Tymczasem Siemens złożył wyciąg sporządzony na podstawie ksiąg handlowych (strona pierwsza tłumaczenia dokumentu ze strony 162) czyli „Auszug aus dem Firmenbuch”. Niewykluczone więc, że zgłoszone zastrzeżenia wynikają z niekonsekwencji w tłumaczeniach nazw dokumentów obcojęzycznych.

Reasumując, skoro w kraju pochodzenia Siemens wydaje się odpowiedni dokument, nie było podstaw, aby żądać w tym zakresie innego dokumentu czy oświadczenia.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Siemens z powodu niewykazania osiągnięcia przychodu na zakładanym poziomie oraz wskaźnika bieżącej płynności (niezłożenie prawidłowego sprawozdania finansowego)

Konsorcjum SIEMENS zostało wezwane do uzupełnienia części sprawozdań finansowych (bilansu oraz rachunku zysków i strat) za lata 2007, 2008, 2009 dla członka Konsorcjum Siemens AG. W wyniku uzupełnienia przedstawiło sprawozdania finansowe za ww. lata dla SIEMENS Polska Sp. z o.o. Przedstawione dokumenty nie są jednak prawidłowe. Zgodnie bowiem z art. 52 ust.2 ustawy o rachunkowości, sprawozdanie finansowe powinno zostać podpisane przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych oraz kierownika jednostki, a jeżeli jednostką kieruje organ wieloosobowy - wszyscy członkowie tego organu. Przedstawione w wyniku uzupełnienia sprawozdania finansowe podpisane zostały wyłącznie przez członków Zarządu spółki SIEMENS Sp. z o.o., tym samym w ocenie Odwołującego zawierają braki formalne.

Następnie w dniu 8 listopada 2010 na rozprawie Odwołujący zmodyfikował zarzut, wskazując, iż sprawozdanie jest wadliwe, ponieważ zostało podpisane przez jedną osobę – uzupełnione sprawozdanie za rok 2008 zostało podpisane przez osobę narodowości niemieckiej bądź austriackiej, tj. przez prezesa jednoosobowo, o którym Odwołujący wie, że jest osobą niemieckojęzyczną, nie znającą języka polskiego.

Oceniając tak sformułowany zarzut pod względem faktycznym Izba uznała, że zmodyfikowano zarzut tak dalece, że ostatecznie na drugiej rozprawie wskazano całkowicie nową podstawę faktyczną zarzutu, a więc złożono nowe zastrzeżenia, nie zgłoszone wcześniej, wobec oferty Konsorcjum Siemens, a taki zarzut jest spóźniony. Odwołujący nie może bowiem w odwołaniu stwierdzić, że załączone sprawozdanie finansowe jest wadliwe, a następnie, w toku dalszego postępowania, formułować zupełnie nowe zarzuty. Akceptacja powyższego prowadziłaby do mnożenia nowych zarzutów już po wniesieniu odwołania (można by przykładowo wskazywać, że bilans nie został sporządzony prawidłowo itd.).

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że skoro Siemens przedłożył Zamawiającemu w toku wyjaśnień sprawozdanie finansowe w wersji sprawdzonej i zatwierdzonej przez biegłego rewidenta, to Zamawiający nie ma podstaw, aby dodatkowo weryfikować, czy sprawozdanie to zostało sporządzone prawidłowo, czy osoba je podpisująca zna język polski, oraz to, jak w spółce rozwiązano organizacyjnie kwestie sporządzania sprawozdań przez osoby obcojęzyczne.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Siemens z powodu niewykazania, iż dostarczone pojazdy metra otrzymały dokument dopuszczający je do eksploatacji w kraju członkowskim UE.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że posiada niezbędne doświadczenie w produkcji taboru metra - wykonał i przekazał do eksploatacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 10 fabrycznie nowych pojazdów metra złożonych z minimum 3 wagonów każdy, z których co najmniej dla jednego składu wagonów dla każdego z wagonów wykonawca uzyskał dokument potwierdzający dopuszczenie danego typu wagonów do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej (warunek w brzmieniu po zmianach z dn. 16.07.2010 r.). W ślad tak określonym warunkiem Zamawiający jednak nie wymagał żadnego dokumentu na jego potwierdzenie.

Konsorcjum SIEMENS na stronie 28 oferty zamieściło Wykaz wykonanych dostaw, wskazując w nim dostawę 18 sztuk nowych 6-członowych zespołów trakcyjnych metra dla WIENER Linien GmbH &Co KG. Ani z Wykazu, ani z załączonych dokumentów nie wynika zdaniem Odwołującego, iż zespoły trakcyjne dostarczone w ramach ww. zamówienia zostały dopuszczone do eksploatacji, co w ocenie Odwołującego powoduje, iż Konsorcjum SIEMENS nie wykazało w sposób wystarczający spełnienia warunku wymaganego doświadczenia.

Oceniając tak postawiony zarzut, Izba ustaliła, że Zamawiający określił w warunku udziału w postępowaniu, iż wagony, których dostawami należy się wykazać, mają posiadać dopuszczenie do eksploatacji w UE, jednak nie określił jakim dokumentem, załączonym do oferty, należy potwierdzić ww warunek w odniesieniu do pewnego jego zakresu - „dopuszczenia na terenie UE”. Z tego względu Izba stwierdziła, że wystarczające jest oświadczenie Siemens – a Zamawiający nie miał podstaw, aby wątpić w zakres informacji podanych w referencji ze strony 29 oferty Siemens. Rzeczywiście rację ma Odwołujący, że pojęcie „uruchomienie” nie odpowiada – z punktu widzenia technicznego - pojęciu „dopuszczenie do eksploatacji”, ale Izba uznała, iż nie można przypisać tak daleko idących wniosków temu pojęciu (uruchomienie) użytemu w referencji – rację ma Zamawiający, że trudno sobie wyobrazić, że wystawca referencje otrzymał pierwsze wagony w roku 2007 i do tej pory nie zostały one dopuszczone do eksploatacji (list referencyjny datowany jest 19 lipca 2010 r.). Zresztą Odwołujący nie zakwestionował oświadczenia Siemens, że wagony „jeżdżą” (są w użytkowaniu, a więc musiały być dopuszczone do eksploatacji).

Zamawiający modyfikując warunek powinien również zmodyfikować żądanie co do dokumentu potwierdzającego ten warunek, niemniej jednak skoro tego nie uczynił, zaniechanie to obciąża wyłącznie Zamawiającego, a nie może powodować negatywnych konsekwencji po stronie wykonawcy – nie można od niego żądać dokumentu, który nie był opisany w SIWZ jako oczekiwany na potwierdzenie spełnienia warunku. Reasumując, skoro Zamawiający na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu potwierdzającego posiadanie odpowiedniego doświadczenia żądał dostawy pojazdów co do których „co najmniej dla jednego składu wagonów dla każdego z wagonów wykonawca uzyskał dokument potwierdzający dopuszczenie danego typu wagonów do eksploatacji w którymkolwiek kraju Unii Europejskiej”, a na potwierdzenie warunku zażądał jedynie referencji, nie można na etapie weryfikacji ofert wymagać od wykonawcy złożenia dodatkowego dokumentu – w tym wypadku musi Zamawiającemu wystarczyć oświadczenie (i to o treści ogólnej, o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o ile nie było wymagane żadne dodatkowe oświadczenie).

### **Sygn. akt KIO 2325/10**

#### Zarzut nieprawidłowego wykluczenia CAF z postępowania z powodu niewniesienia wadium

Odwołujący jako gwarancję wadialną złożył gwarancję bankową wystawioną przez Commerzbank, Oddział w Hiszpanii. Oryginał gwarancji Odwołujący złożył w języku angielskim, a dodatkowo przedłożył w ofercie tłumaczenie gwarancji na język hiszpański oraz tłumaczenie przysięgłe na język polski.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ uznał Odwołujący złożył gwarancję warunkową, jako że w treści gwarancji znajduje się stwierdzenie, iż Zamawiający w wezwaniu do zapłaty kierowanym do banku musi oświadczyć, że Jednostka udzielająca zamówienia akceptowała wszystkie warunki oferty zgłoszone przez Oferenta w terminie ważności wspomnianej oferty. Zdaniem Zamawiającego takie postanowienie gwarancji jest sprzeczne z punktem 9 SIWZ. Ponadto Zamawiający wskazał, że gwarancja nie zawiera zobowiązania do wypłaty kwoty wadium w przypadku, gdy zajdą okoliczności wymienione w przepisie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych.

O ile można byłoby przyjąć, że zastrzeżenia Zamawiającego co do „bezwarynkowości” gwarancji dotyczą wyłącznie wymogów formalnych, to niewątpliwie gwarancję wadialną CAF dyskwalifikuje brak wyliczenia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium.

Zasadniczo nie było sporne, że treść gwarancji wadialnej załączonej do oferty CAF powołuje się na art. 46 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, natomiast brak w niej powołania na art. 46 ust. 4a (strona 292 oferty, 2 strona tłumaczenia przysięgłego gwarancji, lit. b). Odwołujący jednak z tego stanu rzeczy wywodził odmienne skutki prawne, niż Zamawiający. W tym zakresie istnieje już ugruntowana linia orzecznicza: jeżeli gwarancja wymienia enumeratywnie przesłanki zatrzymania wadium (czy przez opisanie określonych przesłanek, czy przez odniesienie się do konkretnego przepisu Prawa zamówień publicznych, w którym są one zawarte), musi wymienić je wszystkie. Jeżeli powołano się na art. 46 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, natomiast pominięto art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych – uważa się, że wadium w formie gwarancji czy to bankowej, czy ubezpieczeniowej, nie zostało wniesione, bowiem żądanie wypłaty kwoty gwarancyjnej nie mogłoby się w pewnych warunkach ziścić, zatem wykonawca podlega wykluczeniu. Braków w treści gwarancji nie mogą „poprawić” późniejsze oświadczenia czy to wykonawcy, czy to wystawcy gwarancji; wadium w postaci gwarancji musi zabezpieczać ofertę w identyczny sposób, jak wadium wniesione w gotówce, czyli z chwilą otwarcia ofert w pełnym zakresie. Zagadnienie to zostało jednoznacznie rozstrzygnięte zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. I tak, można przywołać tu orzeczenie zapadłe w analogicznej kwestii, zgodnie z którym: „okoliczności zatrzymania wadium przez zamawiającego określone zostały w ustawie pzp w dwóch ustępach artykułu 46, tj. w ustępie 4a oraz 5. Ustęp 5 dotyczy okoliczności, jakie mogą zaistnieć po wyborze oferty najkorzystniejszej w stosunku do wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybierze. Natomiast ustęp 4a będzie miał zastosowanie do każdego wykonawcy, który na wezwanie zamawiającego nie złoży dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, która to procedura poprzedza wybór oferty najkorzystniejszej. Zatem należy wskazać, iż oba przepisy mają zróżnicowany zakres zastosowania, w szczególności dotyczą okoliczności występujących na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, a także mają różny krąg adresatów. Nie można uznać, iż zamawiający będzie mógł skutecznie żądać wypłaty kwoty wadium od gwaranta na podstawie zapisu dotyczącego okoliczności wskazanej w [art. 46] ustępie 5 pkt 3 ustawy pzp.(...), w sytuacji kiedy nie dokonano wyboru oferty wykonawcy, który nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego żądanych dokumentów lub oświadczeń. Powoływana przez odwołującego okoliczność wystąpienia niemożności zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, dotyczyć może wyłącznie wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał. W przypadku odmowy uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp., wykonawca podlegać będzie wykluczeniu z postępowania, a jego oferta będzie uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp.” (sygn. akt: KIO/UZP 740/09, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2009 r.). Skład orzekający w niniejszej sprawie całkowicie podziela przywołane wyżej stanowisko.

Wobec powyższego, nie można było uznać zarzutu nieprawidłowego wykluczenia CAF z postępowania – Zamawiający wobec treści gwarancji wadialnej postąpił prawidłowo, wykluczając CAF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut bezpodstawne odrzucenia oferty CAF w związku z błędnym obliczeniem ceny (podanie nieprawidłowej stawki podatku VAT)

Między Zamawiającym a Odwołującym toczył się spór, czy oferowana przez Odwołującego dostawa jest czy nie jest wewnątrzwspólnotową dostawą towarów, i jak powinien być w związku z tym obliczony podatek VAT. Niewątpliwie istnieje możliwość takiego obliczenia podatku VAT, jak uczynił to Odwołujący w ofercie i gdyby oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu z innych powodów, należałoby ustalić, czy podatek VAT został obliczony zgodnie z przepisami. Jednak wobec zaistnienia bezwzględnych przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania (w związku z niewniesieniem wadium – wykonawca jest wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, a ofertę takiego wykonawcy uważa się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych), badanie tej kwestii było bezprzedmiotowe. Niezależnie od ustalenia, czy dostawa przez CAF byłaby czy nie wewnątrzwspólnotową dostawą towarów, należy mieć na uwadze, że w takim przypadku nie miałyby to znaczenia dla porównania (oceny) ofert, bowiem zgodnie z art. 91 ust. 3 a Prawa zamówień publicznych, „jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.”

Wobec powyższego, w niniejszym przypadku kwestię okoliczności, z których miałyby wynikać podatek VAT można byłoby wyjaśnić, lecz zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Nie było sporne, że Odwołujący pominął w ofercie część postanowienia pkt. 4 wzoru formularza ofertowego, dotyczącego akceptacji SIWZ, i równocześnie do oferty załączył szereg uwag do wzoru umowy (strona 509 i n. oferty CAF), Strony różniły się jedynie interpretacjami powyższych okoliczności – Odwołujący twierdził, że złożone uwagi do propozycji umowy nie stanowią treści oferty, a ponadto nie stanowią one zastrzeżeń do SIWZ, bowiem takie zostałyby wniesione w terminie przepisany na składanie odwołania na treść SIWZ.

W tym stanie rzeczy słusznie uczynił Zamawiający odrzucając ofertę CAF uznawszy ją za niezgodną z SIWZ.

O ile można byłoby zaakceptować pogląd, że samo pominięcie jednego z postanowień formularza ofertowego, o charakterze standardowym nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, to jednak pominięcie postanowień o akceptacji treści SIWZ i równoczesne wniesienie szeregu zastrzeżeń do istotnych postanowień umowy przez zaproponowanie własnych postanowień, przykładowo, co do czasu reakcji (np. w wersji oznaczonym cyfrą 8, strona 509 oferty, Odwołujący wskazał, że 24 godzinny czas usunięcia awarii przewidziany przez Zamawiającego jest „zbyt krótki”, i proponuje on czas reakcji 48-godzinny) stanowi ewidentną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Wbrew stanowisku Odwołującego CAF nie można uznać, że propozycje co do zmian umowy są niezobowiązujące i mogą, lecz nie muszą, być uwzględnione przez Zamawiającego „w fazie negocjacji dla dobra projektu”. O ile Zamawiający nie przewidzi w SIWZ możliwości zmian umowy, umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania winna pozostać niezmienna – jest ona więc po upływie czasu do wniesienia odwołania na treść SIWZ nienegocjowalna.

Izba stwierdziła, że w obliczu przytoczonych wyżej okoliczności nieuzasadniony był zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych podniesiony przez Odwołującego CAF - wobec jednoznaczności zastrzeżeń w ofercie CAF co do treści SIWZ nie można było wyjaśniać zastrzeżeń do umowy, które zostały zgłoszone na stronie 509 i nn oferty CAF. Aby istniała podstawa do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w złożonej ofercie musi być pewna nieścisłość albo ewentualnie brak również będący nieścisłością. Złożone w tym trybie wyjaśnienia muszą albo rozwiewać wątpliwości Zamawiającego, albo prostować pomyłkę w ofercie (następstwem sprostowania zwykle jest poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 Prawa



zamówień publicznych). W stosunku do oświadczenia CAF co do zastrzeżeń do warunków umownych żadnych wątpliwości być nie mogło.

### **Sygn. akt KIO 2324/10, sygn. akt KIO 2325/10**

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Siemens podniesiony w obu odwołaniach, zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda podniesiony w odwołaniu sygn. akt KIO 2325/10

Obaj Odwołujący wskazywali, że oferty konkurencyjne powinny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako niezgodne z SIWZ.

Izba badała wyłącznie zastrzeżenia, które były opisane w odwołaniach – w ocenie składu orzekającego nie można w odwołaniu podać podstawy prawnej zarzutu, a następnie w toku dalszego postępowania odwoławczego dowolnie modyfikować podstawy faktycznej wnoszonych zastrzeżeń (rozważania wyżej w niniejszym uzasadnieniu o konsekwencjach modyfikacji zarzutu dotyczącego sprawozdania finansowego w zakresie jego podstawy faktycznej mają tu pełne zastosowanie). W szczególności Odwołujący CAF na rozprawie złożył dwie prezentacje, rozszerzające znacznie zakres zarzutów technicznych wobec oferty Konsorcjum Siemens i Škoda; Izba nie brała nowych zastrzeżeń pod uwagę (były to zarzuty spóźnione – gdyby zaakceptować pogląd przeciwny, dopuszczenie możliwości późniejszej modyfikacji podstawy faktycznej zarzutu podniesionego w odwołaniu przez jego rozszerzenie czy uzupełnienie o nowe elementy prowadziłoby w rzeczywistości do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania).

Należy zauważyć, że obaj Odwołujący informację o nieścisłościach w treściach ofert konkurencyjnych, co do których później podniesiono zastrzeżenia, powzięli nie z treści samych ofert (bowiem były one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), ale z treści pytań skierowanych do wykonawców przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego. Odwołujący CAF spostrzegł, iż Zamawiający w pismach zawierających prośby o wyjaśnienia sam używał sformułowań typu „niezgodnie z wymaganiami”, „niedopuszczalne” - co jednak w ocenie Izby nie może przesądzać o charakterze złożonych wyjaśnień (ani o ocenie przez Zamawiającego „istotności” ewentualnych omyłek). Skład orzekający również nie dostrzegł naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez „wielokrotne” wzywanie do składania wyjaśnień – Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek jednoznacznego ustalenia w toku wyjaśnień ewentualnego istnienia podstaw do odrzucenia oferty, zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby prosił o wyjaśnienia rysunków uzupełnionych w toku wyjaśnień (nie oznacza to akceptacji

dopuszczalności wzywania wyjaśnień „do skutku”, co jednak według składu orzekającego w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca).

Ostatecznie wyjaśnienia złożone przez wykonawców zadowolily Zamawiającego, obaj Odwołujący ich nie znali w pełni (dotyczy to wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Siemens, które również Siemens zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa). Nie można więc wykluczyć, że gdyby Odwołujący znali treść ofert i złożonych wyjaśnień, nie wnieśliby w ogóle zastrzeżeń.

W ocenie Izby złożone przez Konsorcjum Siemens i Škoda wyjaśnienia nie powodują istotnej zmiany treści oferty - ewentualnie mogą stanowić o konieczności dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłek w trybie 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, przy czym okoliczność, czy Zamawiający po prostu zaakceptował złożone wyjaśnienia, czy w ich wyniku dokonał poprawek „omyłek” nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania, zatem w tym zakresie odwołanie i tak byłoby oddalone (w toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający dla dochowania formalności winien zaniechanie to naprawić, niemniej jednak sama czynność Zamawiającego w tym zakresie nie będzie miała wpływu na wynik postępowania).

Trzeba także zauważyć, że Odwołujący Škoda w własnej ofercie również popełnił szereg uchybień, co z kolei dostrzegł Odwołujący CAF – część z tych omyłek była zbliżona do omyłek z oferty Siemens i została przez Konsorcjum Škoda wyjaśniona w analogiczny sposób – przyznano na rozprawie, że w odniesieniu do dwóch kwestii popełniono omyłki, które naprawiono w toku wyjaśnień (co do typu przetwornic pomocniczych i wielkości opóźnienia hamowania, gdzie omyłkowo podano wartość 1,3 m/s zamiast 1,4 m/s) i Zamawiający również nie dokonywał w związku z tym faktem osobnej czynności „poprawy omyłek”, możliwej na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Żaden z Odwołujących nie podnosił okoliczności, że wyjaśnienia treści ofert miały wpływ czy na cenę, czy na inne kryteria oceny ofert.

Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego przedstawione na stronie 5 i nn. odpowiedzi na odwołanie sygn. akt KIO 2324/10 co do szczegółowych zarzutów Konsorcjum Škoda, w których kwestionowano elementy techniczne oferty Konsorcjum Siemens. I tak, zgodnie z pkt 7.1 załącznika nr 1 (Wymagania techniczne dla taboru Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dla II linii metra), Zamawiający wymagał, by w wagonie czołowym został zamontowany sprzęg półautomatyczny. Według Odwołującego, Konsorcjum SIEMENS zaoferowało inny rodzaj sprzęgu, a w złożonych wyjaśnieniach, już po terminie otwarcie ofert, następnie rodzaj sprzęgu zmodyfikowano na odpowiadający

wymaganiom SIWZ. Podobnie, Odwołujący zarzucił, że zmodyfikowano wymiary odbieraka w jego dolnym położeniu (które miały nie przekraczać skrajni taboru).

Izba ustaliła, że Konsorcjum Siemens na str. 300 części utajnionej oferty zaoferowało sprzęg półautomatyczny, natomiast na rysunku umieszczono sprzęg półstały - Zamawiający był uprawniony do wezwania do złożenia wyjaśnień co do takiej rozbieżności w ofercie, w wyniku których otrzymał informacje, że zostanie zastosowany sprzęg półautomatyczny. Analogicznie w zakresie wymiarów odbieraka – inne wymiary wynikały z samego rysunku (nie przekroczone skrajni), inne z opisu wymiaru na rysunku – w toku wyjaśnień sprostowano wymiar podany liczbowo na wymiar odpowiadający rysunkowi (pierwotnie zamiast 55 podano 85).

Zgodnie z pkt 6.1 lit.d) załącznika nr 1 (Wymagania techniczne dla taboru Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dla II linii metra), Zamawiający wskazał, iż maksymalna masa wagonu próżnego wynosi 31 Mg, zaś wykonawcy zobowiązani byli w części C pkt 4 załącznika nr 1a do wskazania masy wagonu czołowego i pośredniego – w ocenie składu orzekającego, uzupełnienie informacji o masie wagonu dopiero w toku wyjaśnień nie może w tym przypadku stanowić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Podobnie, Izba nie stwierdziła również nieprawidłowości co do pozostałych zarzutów o charakterze technicznym, tj. w określeniu w każdym wagonie miejsca dla wózka inwalidzkiego, wózka dziecięcego, roweru, dwóch dodatkowych składanych siedzeń w kabinie maszynisty, dwóch niezależnych źródeł światła, w tym jednego żarowego w kabinie maszynisty, czasu awaryjnego przewietrzania (po zaniku zasilania) wynoszący co najmniej 30 minut przy 100% wydajności oraz system monitoringu wizyjnego pojazdu. Zauważyć należy, że co do niektórych danych technicznych SIWZ opisywała wymóg, natomiast nie opisywała sposobu, w jaki dany wymóg należy zamieścić w ofercie (stopnia szczegółowości opisu). Zatem, o ile informacje wynikające z oferty były dla Zamawiającego zbyt lakoniczne, miał on pełne prawo prosić o ich uszczegółowienie.

Izba również w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego, zawarte w odpowiedzi na odwołanie sygn. akt KIO 2325/10 w stosunku do zastrzeżeń zgłoszonych przez CAF odnośnie wymogu minimalnej wydajności układu wentylacji w przedziale pasażerskim (wynikało to z omyłki w obliczeniach, przy prawidłowym dokonaniu obliczeń wartości są właściwe) w ofercie Konsorcjum Siemens oraz do pozostałych spostrzeżeń wymienionych na stronie 26 i n. odwołania, tj. co do spełnienia wymagań dotyczących obsługi pojazdu na STP, informacji dotyczących wyprowadzenia łączy sterowania z lokomotywy, informacji dotyczących mas wagonów, zgodności z wymaganiami dotyczącymi miejsc specjalnych (w czołowym

wagonie powinno być jedno miejsce dla wózków i jedno dla roweru), informacji o hamulcu postojowym, informacji o luzowaniu hamulca postojowego, informacji dotyczących silników układów pomocniczych, informacji dotyczących spełnienia normy PN-EN 50155, rysunku dolnego położenia odbieraka na tle skrajni, informacji o przyłączy elektrycznym dla sprzęgów czołowych, zastosowania pochylni w całym pociągu, sprzęgu automatycznego w środku pojazdu, wyników przejazdu teoretycznego w formie tabelarycznej (oferta od strony 399 do strony 594) oraz prądów hamowania pojazdu.

Podobnie, Izba nie uznała za uzasadnione zastrzeżeń, podniesionych przez CAF wobec oferty Škoda, a mianowicie dotyczących świateł końcowych, silnika w kabinie maszynisty w przypadku ogrzewania/klimatyzacji kabiny, przekroczenia skrajni przez odbierak prądu, rysunku całego wagonu wpisanego w skrajnię, wymiarów skrajni podanych w rysunku wagonu wpisanego w skrajnię, zastosowania niezgodnych ze specyfikacją typów głównych przetwornic pomocniczych, wymiarów przejścia międzywagonowego zastosowania gumy w kole monoblokowym, wartości opóźnienia hamowania 1,3 m/s<sup>2</sup>, hamulca postojowego zaferowanego jako dodatkowa opcja. Odnośnie niektórych zarzutów – np. dotyczących zastosowania kleju do poszycia pudła, okresów czasu i stwierdzenia, iż „deklarowane parametry nie odpowiadają parametrom wymaganym” (w części G poz. 20) - Odwołujący w ogóle nie uzasadnił (nie wyjaśnił, skąd wynikają podniesione zastrzeżenia i na czym się one opierają).

Reasumując, wobec wymienionych wyżej zarzutów dotyczących części technicznej ofert Konsorcjum Siemens i Škoda nie stwierdzono podstaw do odrzucenia tych ofert ani na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ani pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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:**

.....

.....