Sygn. akt KIO 1747/19

WYROK

z dnia 24 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9.09.2019 r. przez wykonawcę

Olimpia Med Professional Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Metro Warszawskie

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania

odwoławczego o sygn. akt: KIO 1747/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej

oferty - oferty wykonawcy Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

2) odrzucenia oferty wykonawcy Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z uwagi na brak wykazania, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niską ceną;

3) udostępnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dotyczących rażąco niskiej ceny oraz przedmiotu tablicy hamulcowej zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

3.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Olimpia Med Professional Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2) zasądza od zamawiającego Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Olimpia Med Professional Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 889 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) 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: .....

Sygn. akt KIO 1747/19

Zamawiający Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie na dostawy w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa części zamiennych do układu pneumatycznego oraz elektronicznego pojazdów metra typu INSPIRO w podziale na 4 zadania (Numer referencyjny: WP.25.00047.2019.S.P.PAWA)«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30.04.2019 r. pod nrem 2019/S 084-202361.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

28.08.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie [dalej

wykonawca S].

09.09.2019 r. wykonawca Olimpia Med Professional Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie w zakresie zadania 1 na:

1) czynność uznania, że dokumenty przedstawione przez wykonawcę S, tj.:

   i) wyjaśnienia rażąco niskiej ceny [dalej RNC] z 12.08.2019 r.,

   ii) wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej tablicy hamulcowej (zadanie 1 pozycja 11) z 12.08.2019 r. zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie czynności udostępnienia tych dokumentów odwołującemu;

2) zaniechanie czynności wezwania wykonawcy S do wyjaśnień RNC pozycje 4, 9, 15,

17, 21, 23, 24 i 29;

3) czynność wyboru oferty wykonawcy S jako najkorzystniejszej

ewentualnie

4) czynność wyboru oferty wykonawcy S jako najkorzystniejszej;

5) zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy S.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 8 ust. 3 Pzp przez uznanie, że dokumenty przedstawione przez wykonawcę S,

tj. (i) wyjaśnienia RNC z 12.08.2019 r. i (ii) wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej

tablicy hamulcowej (zadanie 1 pozycja 11) z 12.08.2019 r. - zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie

czynności udostępnienia tych dokumentów odwołującemu, podczas gdy wykonawca S nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

2) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy S do wyjaśnień RNC pozycje 4, 9, 15, 17, 21, 23, 24 i 29, podczas gdy odwołujący

przedstawił zamawiającemu dowód wykazujący, że w zakresie tych pozycji wykonawca S zaoferował cenę niższą niż cena zakupu u producenta, a w konsekwencji zaoferowana przez wykonawcę S cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia i zamawiający miał obowiązek wezwać w tym zakresie do wyjaśnień;

3) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy S jako najkorzystniejszej, podczas gdy wybór tej oferty był co najmniej przedwczesny

ewentualnie

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy oferta ta zawiera RNC;

5) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy wykonawca S w pozycji 11 zaoferował produkt niezgodny z treścią SIWZ;

7) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy S, podczas gdy wykonawca S w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S;

2) nakazanie zamawiającemu udostępnienie odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania, w tym również dokumentów przedstawionych przez wykonawcę S, tj.:

i) wyjaśnienia RNC z 12.08.2019 r.,

ii) wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej tablicy hamulcowej (pozycja 11) z 12.08.2019 r.;

3) nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy S do wyjaśnień RNC pozycje 4,

9, 15, 17, 21, 23, 24 i 29;

4) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez odwołującego na rozprawie według złożonych na niej dokumentów

ewentualnie

5) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy S;

6) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy S.

Argumentacja odwołującego

I. Zarzut dotyczący nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

W treści pkt 15.4 SIWZ znalazło się postanowienie o następującej treści: »W przypadku zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie lub składanych wraz z ofertą, jako tajemnica przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp, wykonawca powinien załączyć do oferty stosowne wyjaśnienia mające wykazać, w sposób nie budzący wątpliwości, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w szczególności:

a) wykazać, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

b) wykazać, że zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

- o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp. Dokumenty zamieszczone przez wykonawcę za pośrednictwem Platformy zakupowej, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca oznacza jako „tajne" podczas dodawania ich do oferty«.

Pismem z 12.08.2019 r. wykonawca S złożył wyjaśnienia RNC. Na końcu tych wyjaśnień wykonawca S dodał następującą adnotację:

»Z uwagi na to, że te wyjaśnienia zawierają szczegóły i wskazują źródło dotyczące sposobu kalkulacji ceny co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993, Nr 47, poz. 211)«.

28.08.2019 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

29.08.2019 r. odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania.

30.08.2019 r. zamawiający udostępnił odwołującemu dokumentację. Treść wyżej wskazanych dokumentów została ukryta jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z 4.09.2019 r. odwołujący zwrócił się o udostępnienie również zastrzeżonych dokumentów. Odwołujący przedstawił argumentację, dlaczego wykonawca S nieskutecznie zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do dnia złożenia odwołania zamawiający nie odpowiedział na ten wniosek.

Wykonawca S jedynie zastrzegł, że informacje nie mogą zostać udostępnione. Nie można natomiast uznać, że wykonawca S wykazał, że informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa.

Wykonawca S w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa posłużył się wyłącznie lakonicznymi stwierdzeniami, które same w sobie nie niosą ze sobą żadnej treści.

W kwestii pierwszej przestanki tajemnicy przedsiębiorstwa, to znaczy wykazania, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją i posiada wartość gospodarczą, wykonawca S powołał się jedynie na wyrok SO w Katowicach z 8 maja 2007 r. wydanego w sprawie o sygn. akt XIX Ga 167/07. Oprócz przytoczenia fragmentu uzasadnienia tego wyroku wykonawca nie przedstawił żadnych indywidualnych okoliczności.

Zupełnie niezrozumiałym jest dla odwołującego również zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących zaoferowanej tablicy hamulcowej. Wykonawca S wskazuje, że „wyjaśnienia zawierają szczegóły dotyczące sposobu oraz oceny ryzyka". Brak natomiast znowu jakiegokolwiek wyjaśnienia, dlaczego informacje na temat sposobu i oceny ryzyka posiadają wartość gospodarczą i jakie negatywne konsekwencje wiążą się z ujawnieniem tej informacji.

W stosunku do drugiej przesłanki (informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób), odwołujący powołał się na dominujące w orzecznictwie KIO stanowisko, że ta jest trudna do jednoznacznego udowodnienia. W tym zakresie wystarczające pozostaje oświadczenie własne wykonawcy.

W kwestii ostatniej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa (podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności), wykonawca S oświadczył jedynie, że nie umieszcza tych informacji na stronach internetowych, że chroni systemy informatyczne oraz że pouczył pracowników o poufnych charakterze informacji i zobowiązał ich do zachowania tajemnicy. Oznacza to, że wykonawca S nie stosuje nawet podstawowych środków służących do ochrony poufności informacji, jakimi są na przykład:

- wdrożenie pisemnej procedury ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa,
- zamykanie nośników danych zawierających informacje poufne w sejfie lub przynajmniej w szafkach zamykanych na klucz,
- niszczenie (po ustaniu ich użyteczności) nośników w niszczarce lub przez certyfikowaną firmę zajmującą się niszczeniem dokumentów,
- szyfrowanie e-maili,
- zawieranie z zewnętrznymi podmiotami umów o zachowaniu poufności.

Podjęcie tego typu działań w dzisiejszych czasach jest standardem nawet w mniejszych firmach, które poważnie podchodzą do zagadnień ochrony danych, a co dopiero w międzynarodowej korporacji, której wykonawca S jest przecież częścią. Nie można uznać, że przedsiębiorca, który nie podjął choćby tak podstawowych środków ochrony, jakie wymieniono powyżej, skutecznie dąży do zachowania poufności informacji.

Odwołujący nie ma wprawdzie możliwości zweryfikować, czy wykonawca S przesyłając zamawiającemu pliki stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa za pośrednictwem platformy zakupowej oznaczył je jako „tajne", niemniej jednak sama forma zastrzeżenia tajemnicy budzi uzasadnione wątpliwości.

W praktyce wykonawcy przygotowują zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako odrębny dokument. Taki zabieg pozwala zamawiającym wyraźnie oddzielić dokumenty jawne, od dokumentów zastrzeżonych.

Tymczasem wykonawca S dokonał zastrzeżenia poufności w treści samego dokumentu

i to jeszcze na jego końcu. Tym samym osoba, która zapoznaje się z treścią dokumentu nie jest w stanie prima facie stwierdzić, że dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Może to nastąpić dopiero po zapoznaniu się z treścią całego dokumentu. Taka forma zastrzeżenia znacząco zwiększa ryzyko zapoznania się osoby nieuprawnionej z treścią dokumentu i tym samym potwierdza, że wykonawca S nie podjął należytej staranności w celu zachowania informacji w poufności.

Wykonawca S nie dołączył do złożonych zastrzeżeń żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość okoliczności, na które się powołuje. Jeżeli wykonawca S faktycznie dokonał chociażby podstawowych zabezpieczeń w postaci ochrony systemów informatycznych i pouczenia pracowników, to na tę okoliczność powinien przedstawić odpowiednie dowody, takie jak na przykład wskazanie z jakich dokładnie programów antywirusowych korzysta, wzór pisemnego pouczenia pracownika, który stosuje, wewnętrzne procedury ochrony informacji, obowiązujące pracowników czy przeprowadzenie szkoleń w zakresie ochrony informacji poufnych.

Dopiero przedstawienie dowodów na poparcie tych twierdzeń pozwoli zamawiającemu zweryfikować, czy faktycznie wykonawca podjął działania, które deklaruje.

Dlatego nie można uznać, że wykonawca S skutecznie wykazał, że zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym zamawiający ma obowiązek udostępnić informacje wszystkim zainteresowanym na takiej samej zasadzie, jak pozostałe dokumenty. Odwołujący podkreślił, że nie ma możliwości uzupełnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w terminie późniejszym.

Uzasadniając wniosek o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S (w przypadku potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp), odwołujący podejrzewa, że dokumenty nieskutecznie zastrzeżone przez wykonawcę S potwierdzają, że oferta wykonawcy S podlega odrzuceniu. Jednak do czasu zapoznania się z tymi dokumentami odwołujący może w tym zakresie postawić wyłącznie zarzuty ewentualne, a argumentacja w tym zakresie ma charakter mocno ograniczony. W związku z tym, dopiero po zapoznaniu się z niezasadnie zastrzeżonymi dokumentami, odwołujący - znając już treść wyjaśnień i stanowisko wykonawcy S - będzie mógł wystąpić z kolejnym odwołaniem zawierającym pełną argumentację. Z tego powodu uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, ale bez nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej sprawiłoby, że postawienie tego zarzutu byłoby bezcelowe, ponieważ odwołujący nie mógłby już zakwestionować prawidłowości badania i oceny ofert konkurenta, ze względu na upływ terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Odwołujący zastrzegł, że w przypadku gdyby zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, bądź w jakikolwiek inny sposób po wpłynięciu odwołania sam zdecydował się udostępnić odwołującemu niezasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty, to zamawiający może to zrobić tylko z jednoczesnym unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

II. Zarzut dotyczący zaniechania czynności wezwania wykonawcy S do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

W SIWZ znalazły się postanowienia związane z procedurą wyjaśnień RNC. Istotnym dla rozstrzygnięcia sporu jest pkt 23.8 SIWZ, zgodnie z którym: „za istotne części składowe oferty, o których mowa w pkt 23.6 SIWZ, należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w każdej pozycji w formularzu cenowym, o którym mowa w pkt 15.3.2 SIWZ oraz

części wskazanych w każdej pozycji załącznika nr 1 do Specyfikacji Technicznej".

Zestawienie zamawianych części oraz harmonogram dostaw stanowi załącznik 1 do Specyfikacji Technicznej, która z kolei stanowi załącznik do SIWZ. W zakresie zadania 1 zamawiający wyodrębnił 32 pozycje.

Wykonawca S zaoferował za realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 1.859.979,42 zł brutto.

Pismem z 12.07.2019 r. odwołujący poinformował zamawiającego, że zdaniem odwołującego oferta wykonawcy S zawiera ceny dumpingowe co najmniej w 18 pozycjach (pozycje 2-4, 6-10, 12, 13, 15,17, 20, 21, 23, 24, 29 i 31). Odwołujący podniósł, że w zakresie tych części wykonawca S zaoferował cenę niższą od cen, jakie stosuje jedyny producent tych urządzeń (a więc podmiot, od którego wykonawca S kupił produkty). Do pisma została dołączona oferta cenowa producenta oraz szczegółowe porównanie cen stosowanych przez producenta oraz cen zaoferowanych przez wykonawcę S. Porównanie

tych cen prowadzi do wniosku, że wykonawca S w zakresie ww. 18 pozycji wykonawca S zaoferował cenę niższą niż cena nabycia produktów od producenta.

Pismem z 7.08.2019 r. zamawiający wezwał wykonawcę S do wyjaśnień RNC w zakresie 10 pozycji (pozycje 2, 3, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 20 i 31). Zamawiający natomiast nie wezwał do wyjaśnień w zakresie pozostałych pozycji (tj. pozycji 4, 9, 15, 17, 21, 23, 24 i 29). W działaniu zamawiającego można zauważyć prawidłowość, zgodnie z którą wezwał wykonawcę S do złożenia wyjaśnień tylko w zakresie tych pozycji, gdzie różnica pomiędzy wartością szacunkową zamawiającego a ceną zaoferowaną przez wykonawcę S wynosi co najmniej 30%.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Na podstawie tego przepisu przesłankami obligującymi zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jest:

(i) okoliczność, że cena wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub

(ii) okoliczność, że cena budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zamawiający został poinformowany, że ceny, jakie wykonawca S zaoferował w zakresie osiemnastu pozycji zadania 1 są niższe, niż ceny, jakie oferuje jedyny producent tych urządzeń. Co więcej, zamawiający dysponował dowodem w tym zakresie w postaci oferty cenowej producenta. W związku z tym u zamawiającego musiały zrodzić się wątpliwości czy wykonawca S za tak niską cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia, jak również zamawiającemu cena musiała się wydać rażąco niska.

Konsekwencją tego był obowiązek wezwania wykonawcy S do wyjaśnień RNC również w zakresie pozycji 4, 9, 15, 17, 21, 23, 24 i 29. Okoliczność, że w zakresie tych pozycji różnica pomiędzy ceną producenta, a ceną zaoferowaną przez wykonawcę S jest niższa niż 30% nie zmienia faktu, że w zakresie tych pozycji wykonawca S nadal zaoferował cenę niższą niż cena zakupu u producenta.

III. Zarzuty ewentualne

Odwołujący stawia jako ewentualne następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy oferta ta zawiera RNC;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy wykonawca S w pozycji 11 zaoferował produkt niezgodny z treścią SIWZ;

4) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy S, podczas gdy wykonawca S w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wolą odwołującego jest, żeby zarzuty ewentualne zostały rozpatrzone tylko w przypadku, gdy nie potwierdzi się zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp lub też jeżeli zarzut ten się potwierdzi, ale Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając powyższy zarzut nie nakaże zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W takim bowiem przypadku odwołujący nie będzie miał możliwości ponownego kwestionowania naruszeń zamawiającego stanowiących podstawę zarzutów ewentualnych.

W przypadku natomiast potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp i na-

kazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wolą odwołującego jest, żeby zarzuty ewentualne pozostały bez rozpoznania. W takiej sytuacji odwołujący będzie miał możliwość wystąpienia z kolejnym odwołaniem, jak również możliwość przedstawienia w tym zakresie bardziej rozbudowanych argumentów.

Odwołujący stwierdził, że ze względu na brak możliwości zapoznania się z całością dokumentacji uzasadnienie zarzutów ewentualnych ma mocno ograniczony charakter.

IV. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S, pomimo że zawiera rażąco niską cenę

Odwołujący może domniemywać, że wyjaśnienia wykonawcy S dotyczące RNC nie potwierdziły, że zaoferowana przez wykonawcą S cena jest ceną rynkową. Świadczy o tym okoliczność, że wyjaśnienia wykonawcy S zajmują zaledwie dwie strony oraz nie zostały dołączone do nich żadne dowody.

Odwołujący przedstawił wcześniej solidne dowody wskazujące, że wykonawca S zaoferował ceną niższą niż cena stosowana przez producenta. W przypadku niektórych pozycji różnica pomiędzy cenami producenta, a cenami wykonawcy S wynosiła nawet ponad 80%.

Ponadto oprócz samej ceny zakupu od producenta wykonawca S kalkulując cenę, jaką może zaoferować zamawiającemu, musiał wziąć pod uwagą również dodatkowe koszty, jakimi przykładowo są:

- koszty transportu produktów (oferta producenta zakłada odbiór produktów i pokrycie kosztów transportu i ubezpieczenia przez kupującego),

- ryzyko wyjątkowo niekorzystnych w ostatnim czasie wahań kursowych (walutą, w której następuje rozliczenie z producentem jest euro, natomiast walutą, w której nastąpi rozliczenie z zamawiającym jest złoty polski),

- ryzyko naliczenia przez zamawiającego kar umownych (we wzorze umowy przedstawionym przez zamawiającego termin dostawy produktów został ustalony na konkretny dzień, niezależnie od tego, kiedy umowa zostanie zawarta; tym samym okoliczność, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przedłuży się stanowi ryzyko wykonawcy i w związku z tym wykonawca S powinien wziąć pod uwagą ewentualność zapłaty kar umownych za opóźnienie),

- wreszcie - marża (zysk) wykonawcy pozwalającą przynajmniej pokryć koszty ogólnego zarządu i chociażby minimalny czysty zysk.

W rozpoznawanym przypadku nie można uznać, że wykonawca S zaoferował cenę dającą mu rentowność, skoro cena ta nie pokryje nawet kosztów zakupu produktów od producenta.

Dodatkowo uwagę zwraca fakt, że wykonawca S nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów,, pomimo że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera RNC. W związku z tym, że odwołujący przedstawił dowód w postaci oferty cenowej producenta, wykonawca S - jeżeli uważa, że jego cena nie jest RNC - był zobowiązany przedstawić odpowiedni kontr-dowód.

V. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S, pomimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji

Oferowanie ceny niższej niż koszt zakupu (oprócz tego, że powinno spowodować odrzucenie oferty jaka zawierającej RNC) stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji szczegółowo określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Wykonawca S zaoferował cenę niższą niż koszt nabycia produktów wyłącznie w celu utrudnienia konkurencyjnym wykonawcom dostępu do rynku, a w konsekwencji ich wyeliminowanie.

Vl. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S, pomimo że zaoferował produkt niezgodny z SIWZ

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia [OPZ] przez wskazanie produktów wraz z podaniem ich producenta oraz numeru katalogowego. W pozycji 11 zamawiający wymagał zaoferowania tablicy hamulcowej o numerze katalogowym Sa A2V00002078127 oraz numerze katalogowym producenta 60200-931.

Jednocześnie zamawiający dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych. W tym zakresie w pkt 4.3 SIWZ zamawiający zawarł szczegółowe postanowienia:

»1) Oferowane części równoważne charakteryzowały się będą takimi samymi parametrami co części oryginale oraz będą spełniały wymagania funkcjonalne określone w Załączniku nr 2 do Specyfikacji Technicznej.

2) Wykonawca przedstawi wykonaną (we własnym zakresie i na swój koszt) analizę modyfikacji dotyczącej dostarczonych części równoważnych, a jeśli będzie taka konieczność również ocenę ryzyka, zgodnie z Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji UE nr 02/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r. i opracowaniem UTK dotyczącym modyfikacji pojazdów kolejowych" z dn. 4 stycznia 2019 r. Analiza modyfikacji dotyczy pojazdu zmodernizowanego zgodnie z definicją modernizacji zamieszczoną w ustawie o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 roku z późniejszymi zmianami oraz w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych Dz. U. 2005 nr 212 poz. 1771. Wykonawca wprowadzający modyfikację jest zobowiązany do jej przeanalizowania i zaszeregowania w jedną z czterech kategorii zgodnie z ww. opracowaniem UTK oraz, jeśli zajdzie taka konieczność za pośrednictwem jednostki oceniającej oceni prawidłowość stosowania procesu zarządzania ryzykiem, sporządzi odpowiedni raport Jednostka oceniająca musi spełniać kryteria wskazane w Załączniku nr II do ww. Rozporządzenia Komisji.

3) wykonawca wykaże, że oferowane przez niego produkty, spełniają wymagania określone przez zamawiającego, w szczególności dostarczy pełną dokumentacje potwierdzającą przeprowadzenie procesu analizy ryzyka i jej oceny oraz wypełni dodatkowo załącznik nr 4 Specyfikacji Technicznej - „Informacje o stosowaniu wspólnej metody bezpieczeństwa w zakresie oceny i wyceny ryzyka".

4) zamawiający wymaga podania dla oferowanych części równoważnych: numerów producenta, ich parametrów, dokumentacji techniczno-ruchowej, zasad recyklingu.

5) wykonawca dostarczy oświadczenie wydane przez producenta pojazdu lub jednostkę notyfikowaną i uprawnioną przez UTK, że części te mogą być używane w eksploatowanych w Metrze Warszawskim Sp. z o.o. pojazdach, na które zostało wydane „Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego" Nr T/2015/0109 przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego na podstawie Ustawy o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 roku, że są substytucyjne z oryginalnymi, o tych samych parametrach i wymaganiach.

6) wykonawca przekaże dla zaoferowanych części równoważnych pełną dokumentację techniczną, eksploatacyjną wraz z WTWiO oraz prawo na ich wykorzystanie.

7) wykonawca, który zaoferuje części równoważne wykona przed złożeniem oferty - na

własny koszt - wszelkie niezbędne czynności związane z wprowadzeniem części

równoważnych do eksploatacji (np. konieczność wykonania eksploatacji nadzorowanej, uzyskanie nowego świadectwa typu, zakupu do nich oprzyrządowania diagnostycznego i naprawczego do poziomu P5 włącznie, wykonania dodatkowych badań, itp.).

8) wykonawca, który zaoferuje części równoważne odpowiada za ryzyko wprowadzenia do eksploatacji i wady zaoferowanych części równoważnych«.

Pismem z 24.05.2019 r. wykonawca S zwrócił się do zamawiającego z następującym wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ:

»Prosimy o wyjaśnienie zakresu dostawy w Zadaniu I poz. 11.

11	Tablica hamulcowa	Brake Equipment	A2V00002078127	60200-932
		Unit MWAW		90801-102

Czy zamawiający jest zainteresowany zakupem kompletnej tablicy hamulcowej (nr prod. 90801-102) czy też oddzielnego panelu tablicy bez wyposażenia (nr prod. 60200-931)?

Obie ww. części mają w dokumentacji ten sam numer A2V00002078127.

W przypadku braku odpowiedzi na pytanie zostanie zaoferowany oddzielny panel tablicy

hamowania bez wyposażenia (nr prod. 60200-931)«.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie.

Wykonawca S, wbrew twierdzeniu zawartym we wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, zaoferował produkt o numerze katalogowym producenta 90801-102, to znaczy kompletną tablicę hamulcową (wraz z wyposażeniem). Jednocześnie wykonawca S wskazał, że w tym zakresie oferuje produkt równoważny. Oświadczył, że tablica o numerze 90801-102 jest tą samą konstrukcją co tablica o numerze 60200-931, a zmianie uległ jedynie numer zamówieniowy. Zdaniem wykonawcy S jest to zmiana nieznacząca.

Zamawiający wezwał wykonawcę S do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odpowiedź na wezwanie została nieskutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego tablica hamulcowa o numerze 60200-931 jest zupełnie innym produktem niż kompletna tablica hamulcowa (wraz z wyposażeniem) o numerze 90801-102. Zwrócił na to uwagę zresztą sam wykonawca S składając wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ. Z uwagi na to, że są dwa odrębne produkty nieuprawniony jest wniosek, że zmianie uległ wyłącznie numer zamówieniowy. Brak odpowiedzi zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ należy rozumieć jako potwierdzenie, że zamawiający wymaga zaoferowania tablicy hamulcowej o numerze 60200-931. Zostało to zresztą potwierdzone również w wezwaniu z 8.08.2019 r., w którym to zamawiający, mając już świadomość, że powyższe produkty znacząco się od siebie różnią wskazał „Pytanie z 24.05.2019 r. wpłynęło po terminie przewidzianym na zadawanie pytań w postępowaniu i zamawiający podjął decyzję o nieudzieleniu na nie odpowiedzi. Zamawiający uwzględnił w tym przypadku okoliczność, że z wykazu stanowiącego Załącznik nr 1 do Specyfikacji Technicznej wyraźnie

wynikało, że Zadanie nr l obejmuje część o numerze 60200-931, a wykonawca wskazał że w przypadku braku odpowiedzi, zamawiający otrzyma podzespół o nrze 60200-931".

W związku z powyższym wykonawca S zaoferował produkt niezgodny z treścią SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy S. Nadto przedstawiony przez wykonawcę S dokument pt. „Zastosowanie tablicy hamulcowej 90801-102 w miejsce tablicy hamulcowej 60200-931" nie został podpisany przez osoby, które miały go przygotować (to znaczy przez członków zespołu ds. analizy znaczenia zmian i ryzyka), co dodatkowo podważa wiarygodność przedstawionego dokumentu.

VII. Zarzut związany z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy S, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego

Powyższe dowodzi również, że wykonawca S przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Po pierwsze, wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ z 24.05.2019 r. wykonawca S poinformował zamawiającego, że zarówno tablica hamulcowa o numerze DAKO 60200-931 (tablica bez wyposażenia), jak i tablica hamulcowa o numerze DAKO 90801-102 (tablica z oprzyrządowaniem) posiadają ten sam numer katalogowy wykonawcy S - to znaczy A2V00002078127. Nie jest to prawdą. Zgodnie z rzeczywistością tablica hamulcowa o numerze DAKO 60200-931 (tablica bez wyposażenia) posiada numer katalogowy wykonawcy S A2V00002200559. Z kolei tablica hamulcowa o numerze DAKO 90801-102 (tablica z oprzyrządowaniem) posiada numer katalogowy wykonawcy S A2V00002078127. Ustaleń tych dokonał odwołujący na podstawie wiadomości przekazanych przez producenta części i stosowne dowody w tym zakresie zostaną przedstawione na rozprawie. Jednocześnie, w celu dokładnego zbadania sprawy, odwołujący 6.09.2019 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie pełnego katalogu wykonawcy S. Do dnia wniesienia odwołania zamawiający nie odpowiedział na ten wniosek.

Po drugie, wykonawca S zadeklarował, że tablica o numerze 90801-102 jest tą samą konstrukcją co tablica o numerze 60200-931, a zmianie uległ jedynie numer zamówieniowy. Zdaniem wykonawcy S jest to zmiana nieznacząca. Tymczasem, jak wyżej wskazano, tablica hamulcowa o numerze 90801-102 jest produktem zawierającym wyposażenie, a tablica o numerze 60200-931 takiego wyposażenia nie posiada. Tym samym są to dwa różne produkty i twierdzenie, że zmianie uległ wyłącznie numer zamówieniowy i różnica pomiędzy nimi jest nieznacząca to wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd astąpiło to zarówno w wyniku lekkomyślności, jak również w wyniku niedbalstwa. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca S jest profesjonalistą działającym na rynku dostaw dla zamawiającego. Świadczy o tym chociażby fakt, że przedmiotem postępowania są części do wagonów wyprodukowanych właśnie przez wykonawcę S. Należy również zwrócić uwagę na normę prawną wynikającą z art. 355 § 2 kodeksu cywilnego zgodnie, z którą należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej

przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W związku z tym wykonawca S z całą pewnością miał świadomość, że części o numerach 60200-931 i 90801-102 to dwa zupełnie różne produkty. Mógł również przewidzieć, jaki skutek odniesie podanie zamawiającemu nieprawdziwej informacji.

Podanie przez wykonawcę S nieprawdziwych informacji miało istotny wpływ na decyzję, jaką zamawiający podjął w postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy S jako najkorzystniejszej, podczas gdy nie dokonałby tego wyboru, jeżeli nie zostałby wprowadzony w błąd.

Odwołujący wielokrotnie przytoczył orzecznictwo potwierdzające stanowisko odwołującego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 9.09.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 10.09.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

13.09.2019 r. wykonawca S złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 19.09.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

1) dowód O1 - informacja z otwarcia ofert z innego przetargu prowadzonego przez zamawiającego, gdzie odwołujący pokazuje strategię cenową wykonawcy S;

2) dowód O2 - rysunek techniczny oraz wyliczenie elementów składających się na pełną tablicę hamulcową;

3) dowód O3 - korespondencja e-mailowa pomiędzy Odwołującym, a producentem na wyjaśnienie numerów katalogowych i odpowiadających im numerów producenta

B) zamawiającego:

4) dowód Z1 - karta tytułowa katalogu części, str. 834 i 835, gdzie przedstawiony jest wykaz szczegółowy części na wykazanie posługiwania się innymi danymi przez odwołującego;

C) przystępującego:

5) dowód nr P1 - wyciąg z instrukcji podręcznika obsługi i napraw moduł pneumatyczny z tablicą hamulcową, str. 13 i 21-23 oraz rysunek, na dowód, że części są równoważne.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp - przez przyjęcie przez zamawiającego, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w obu wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę S 12.08.2019 r. zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zamawiający zaniechał czynności udostępnienia tych dokumentów odwołującemu, podczas gdy wykonawca S nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt 15.4 SIWZ zamieścił postanowienie, że jeżeli wykonawca będzie miał zamiar zastrzec pewne informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa to wykonawca taki będzie musiał wykazać, w sposób nie budzący wątpliwości, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Postanowienie to, a w zasadzie przypomnienie, było i jest zgodne z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp, które brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa«. Należy zaznaczyć, że jest to wyjątek od ogólnej zasady sformułowanej w art. 8 ust. 1 Pzp, który brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne« i jako wyjątek nie może być interpretowany rozszerzająco. Ponadto zastrzeżenie i informacje zastrzeżone muszą spełniać warunki określone w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. ICKN 304/00 aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

1) informacja musi być informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją i posiadać wartość gospodarczą;

2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W rozpoznawanym przypadku zainteresowany wykonawca S jedynie ogólnie zaznaczył, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i - poza ogólnymi stwierdzeniami - nie wykazał jakie przedsięwziął środki w celu utrzymania informacji w poufności, szczególnie w tak dużym przedsiębiorstwie jakie reprezentuje wykonawca S.

Samo zastrzeżenie informacji na końcu pisma nie jest w żaden sposób niezgodne z przepisami, gdyż to zamawiający przed udostępnieniem informacji zawartych w piśmie wykonawcy musi się zapoznać z treścią całego pisma, a więc przeanalizować treść dokumentu od początku do końca i dopiero wtedy udostępnić całe pismo, jeżeli wykonawca nieskutecznie zabezpieczył swoją tajemnicę przedsiębiorstwa albo zamawiający musi zastosować się do prawidłowych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa.

Należy również podkreślić, że samo powoływanie się przez wykonawcę na orzecznictwo jest niewystarczające, bo wykonawca musi wskazać precyzyjnie, które informacje są zastrzeżone oraz powód ich zastrzeżenia i wykazać sposób zastrzeżenia.

W rozpoznawanym przypadku wykonawca S nie wykazał należytej staranności, aby zabezpieczyć swoją tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca S nie wskazał jakie podjął środki, aby utrzymać w tajemnicy wrażliwe dla tego wykonawcy informacje jako tajemnicę

przedsiębiorstwa np. przez przedstawienie którzy pracownicy mają dostęp do zastrzeganych informacji i jakie klauzule podpisują w umowach o pracę czy specjalnych zobowiązaniach. Nie wystarczy samo powołanie się na przepisy Kodeksu pracy czy nawet regulaminu pracy, a w szczególności nie dostarczenia nawet takiego ogólnego dokumentu jako dowodu. Również nie jest wystarczające ogólne stwierdzenie, że wykonawca posiada jakieś systemy komputerowe, a wykonawca S nie przedstawił konkretów swoich działań i zabezpieczeń.

Ponadto sam przystępujący w utajnionych przez siebie wyjaśnieniach powołał się na umowy, z których miałoby wynikać potwierdzenie realności zaoferowanych cen, a jednocześnie przystępujący oświadczył, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i przystępujący nie załączył ich do wyjaśnień. Z tej przyczyny również zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że pyy wykazał brak RNC na kwestionowane podzespoły.

Wobec tego Izba musi uwzględnić zarzut pierwszy naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp - przez przyjęcie przez zamawiającego, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w obu wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę S 12.08.2019 r. zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji zamawiający bezpodstawnie zaniechał udostępnienia dokumentów odwołującemu, podczas gdy wykonawca S nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp - przez wybór oferty wykonawcy S jako najkorzystniejszej, podczas gdy wybór tej oferty był co najmniej przedwczesny oraz w ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art 90 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy oferta ta zawiera RNC - zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę S. Jednak zamawiający nie uzyskał od wykonawcy S odpowiednio szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień na wykazanie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 12.08.2019 r. dotyczących RNC zawarł tylko mało konkretne stwierdzenia, a w szczególności nie poparte żadnymi dowodami w postaci np. ofert cenowych innych dostawców czy możliwości brania pod uwagę z mniejszym nasileniem ryzyk wykonania zamówienia ze względu na szczególne uwarunkowania dostawy na części zamienne pociągów Inspiro, produkowanych właściwie przez wykonawcę S. Tak właśnie stanowi wprowadzenie do wyliczenia art. 90 ust. 1 Pzp, które brzmi »Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu [...]«. Dlatego Izba wskazuje, że mimo stwierdzenia w piśmie z 12.08.2019 r. przez wykonawcę S, że jego oferta ani globalnie, ani w szczegółowych pozycjach cenowych nie zawiera RNC, zamawiający nie miał podstaw do konstatacji, że rzeczywistości wykonawca S złożył ofertę bez RNC.

Dlatego Izba wskazuje, że zamawiający w rozpoznawanym przypadku - nie uzyskując właściwie konkretnych i dowiedzionych wyjaśnień RNC od wykonawcy S - powinien zastosować się do przepisu art. 90 ust. 3 Pzp i odrzucić ofertę wykonawcy S. Art. 90 ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Podobnie w rozpoznawanej sprawie zamawiający powinien rozważyć zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i odrzucić ofertę wykonawcy S. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [.] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Zamawiający nie powinien dokonać wyboru oferty wykonawcy S podlegającej odrzuceniu i dlatego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp Izba musi uznać jako zasadny. Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Izba stwierdza, że oczywistym jest, że zamawiający może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty dopiero po wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert nie spełniających wymagań zamawiającego, co wynika z kolejności czynności wskazanej w art. 20 ust. 1 Pzp, jak i ogólnej kolejności przepisów ustawy Pzp, w której wykluczenie wykonawców jest uregulowane w przepisach art. 24 ust. 1 Pzp, odrzucenie ofert w art. 89 ust. 1 Pzp, a wybór oferty najkorzystniejszej

w art. 91 ust. 1 Pzp. Art. 20 ust. 1 Pzp brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym [1] do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2] badania i [3] oceny ofert« [liczby w nawiasach kwadratowych art. 20 ust. 1 Pzp zostały wstawione przez Izbę do treści przepisu].

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający postanowił w pkt 23.8 SIWZ, że cyt.: „za istotne części składowe oferty, o których mowa w pkt 23.6 SIWZ, należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w każdej pozycji w formularzu cenowym, o którym mowa w pkt 15.3.2 SIWZ oraz części wskazanych w każdej pozycji załącznika nr 1 do Specyfikacji Technicznej", czyli że zamawiający będzie odnosił się nie tylko do globalnej ceny ofertowej, ale i do cen poszczególnych podzespołów.

W związku z powyższą argumentacją Izba musi uwzględnić zarzuty trzeci i czwarty odwołującego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp a także art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy wykonawca S w pozycji 11 zaoferował produkt niezgodny z treścią SIWZ - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia [OPZ] przez wskazanie produktów wraz z podaniem ich producenta oraz numeru katalogowego. W pozycji 11 zał. nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał zaoferowania tablicy hamulcowej o numerze katalogowym Siemensa A2V00002078127 oraz numerze katalogowym producenta 60200-931. Jednocześnie zamawiający dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych. W pkt 4.3 drugie wyliczenie SIWZ zamawiający wskazał na warunki uznania dostawy przedmiotów, które zostaną uznane z równoważne.

Wykonawca S zaoferował produkt o numerze katalogowym producenta 90801-102, to znaczy kompletną tablicę hamulcową (wraz z wyposażeniem). Jednocześnie wykonawca S wskazał, że w tym zakresie oferuje produkt równoważny, a zmianie uległ jedynie numer zamówieniowy.

Jednak zdaniem Izby zamawiana przez zamawiającego tablica hamulcowa o numerze 60200-931 i zaoferowana tablica hamulcowa przez wykonawcę S o numerze 90801-102 to odmienne produkty, nie spełniające cechy równoważności.

W odwołaniu generalnie adekwatnie zrelacjonowano okoliczności faktyczne, które mogły być znane odwołującemu, gdyż nie należą do dokumentów uznanych przez zamawiającego za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Sprowadzając te okoliczności do najważniejszych faktów, Izba ustaliła, co następuje. Z treści pytania zadanego 25.04.2019 r. przed upływem terminu składania ofert, na które zamawiający nie udzielił żadnej odpowiedzi, ewidentnie wynika, że wykonawca S w takiej sytuacji w ramach poz. 11 zadania nr I zaoferuje sam panel tablicy hamowania bez wyposażenia. Następnie zamawiający w treści pisma z 8.08.2019 r. trafnie zidentyfikował powyższą zależność, domagając się od wykonawcy S wyjaśnień, dlaczego w treści oferty w poz. 11 wskazano numer katalogowy właściwy dla kompletnej tablicy, a nie samego panelu. Z treści odpowiedzi z 12.08.2019 r. wynika, że wykonawca S, odmiennie niż uważał przed złożeniem oferty, ostatecznie uznał, że sama poz. 11 dotyczy kompletnej tablicy hamowania z wyposażeniem. Jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie i rozprawy, zamawiający uznał, że taka treść oferty odpowiada treści opisu przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie należy uznać za mogący być uznany za niejednoznaczny. Z jednej strony, skoro zakresem zadania nr I objęta jest kompletna tablica hamowania z pełnym wyposażeniem, której elementy wyliczono w poz. od 1 do 29, wydawałoby się, że poz. 11 tego zadania dotyczy samego panelu tej tablicy jako jednego z tych elementów, tak, jak na to wskazuje. Jednak uwzględniając, że w poszczególnych poz. zamawiane są różne ilości elementów, takie mogą być właśnie potrzeby zamawiającego związane ze zużywaniem się tych elementów, a oprócz tego chce mieć dwie zapasowe kompletne tablice hamowania. Jak to trafnie zauważył w swoich wyjaśnieniach wykonawca S, opis funkcjonalny poz. 11 zadania nr I z załącznika nr 1 do

Specyfikacji technicznej (Steruje pracą układu hamulcowego za pomocą sprężonego powietrza) wskazuje na kompletną tablicę z wyposażeniem, a nie jedynie na jej element w postaci panelu bez wyposażenia. Odmiennie niż podany tam dla tej pozycji numer katalogowy producenta. Ze złożonego na rozprawie przez wykonawcę S wyciągu z podręcznika obsługi i napraw „Modułu pneumatycznego z tablicą hamulcową" pociągów Inspiro jego produkcji dostarczonych zamawiającemu, który był podstawą do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, wynika bowiem, że moduł pneumatyczny (identyfikowana jako +A01) składa się z ramy, do której zamontowana jest m.in. tablica hamulcowa

(identyfikowana jako +A01.A), produkcji DAKO-CZ, a.s., nr katalogowy producenta 90801-102, nr katalogowy Siemens A2V00002078127 [patrz Tabela 2: Lista urządzeń zamontowanych na module pneumatycznym z pkt 1.2.4. Główne podzespoły modułu pneumatycznego (+A01.A) ze str. 21]. Z kolei owa tablica hamulcowa składa się z płyty, do której zamontowane są poszczególne urządzenia, w tym, po pierwsze z tablicy hamulcowej

produkcji DAKO-CZ, a.s., nr katalogowy producenta 60200-931, nr katalogowy Siemens A2V00002078127 [patrz Tabela 4: Lista urządzeń zamontowanych na tablicy hamulcowej z pkt 1.2.6. Główne podzespoły tablicy hamulcowej (+A01.A) ze str. 22-23]. Dokładnie taki stan faktyczny został odzwierciedlony w pytaniu zadanym przez wykonawcę S przed złożeniem oferty, na które jednak zamawiający nie udzielił odpowiedzi w ramach wyjaśniania treści SIWZ, a jednocześnie dokument ten był znany jedynie zamawiającemu i wykonawcy S, gdyż nie był elementem dokumentacji udostępnionej wszystkim wykonawcom zainteresowanym ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Skoro opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. 11 zadania nr I może zostać uznany za niejednoznaczny, nie sposób stwierdzić, czy oferta wykonawcy S nie odpowiada temu opisowi w tym zakresie, zwłaszcza że wykonawca S złożył na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w ramach oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka dokument sprawozdania z oceny zmiany zatytułowany „Zastosowanie tablicy hamulcowej 90801-102 w miejsce tablicy hamulcowej 60200-931", z którego treści nie wynika, czy w ramach owej zmiany chodziło o ujednolicenie numerów dla tablicy z wyposażeniem czy bez wyposażenia. Zatem nie sposób również na podstawie treści oferty oraz złożonych następnie dokumentów i wyjaśnień stwierdzić, czy treścią oferty dla poz. 11 zadania nr I objęta jest kompletna czy niekompletna tablica.

Z tych powodów w ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może zostać uwzględniony.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie czynności

wezwania wykonawcy S do wyjaśnień RNC pozycje 4, 9, 15, 17, 21, 23, 24 i 29, podczas gdy odwołujący przedstawił zamawiającemu dowód wykazujący, że w zakresie tych pozycji wykonawca S zaoferował cenę niższą niż cena zakupu u producenta, a w konsekwencji zaoferowana przez wykonawcę S cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia i zamawiający miał obowiązek wezwać w tym zakresie do wyjaśnień - nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie jest sporne, że zamawiający sam w SIWZ zastrzegł, że będzie sprawdzać poszczególne pozycje cenowe zawarte w ofertach i jeżeli wydadzą się one jako zawierające rażąco niskie ceny to zamawiający zażąda ich wyjaśnienia przez danego wykonawcę. Zamawiający nawiązując do przepisów Pzp uznał, że zwróci się o udzielenie wyjaśnień w pozycjach, gdzie cena ofertowa w konkretnej pozycji jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT, co jest analogiczne do art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Dlatego - zdaniem Izby - zamawiający nie uchybił ani postanowieniom SIWZ, ani przepisom Pzp ograniczając zwrócenie się o wyjaśnienia do wykonawcy S tylko do pozycji, gdzie wykonawca S zaoferował ceny niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej

konkurencji oraz zarzut siódmy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - przez zaniechanie

wykluczenia wykonawcy S, podczas gdy wykonawca S w wyniku lekkomyślności lub

niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego - nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił w zarzucie piątym, że wykonawca S zaoferował cenę niższą niż koszt nabycia produktów wyłącznie w celu utrudnienia konkurencyjnym

wykonawcom dostępu do rynku, a w konsekwencji ich wyeliminowanie. Jednak odwołujący nie dowiódł tego ani w samym odwołaniu, ani na rozprawie. Dlatego zarzut piąty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«, nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

Podobnie odwołujący nie wykazał w uzasadnieniu zarzutu siódmego oraz w trakcie rozprawy, że wykonawca S podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który to przepis brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [.] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«. W związku z tym Izba nie może uwzględnić również zarzutu siódmego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający naruszył art. 8 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 3, art. 91 ust. 1

Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty odwołującego związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie odpowiednio 150 zł i 139 zł oraz 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....