Sygn. akt: KIO 851/17

WYROK
z dnia 16 maja 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 12 maja 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2017 roku przez wykonawcę A. K. spółka akcyjna z siedzibą w C.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w W.

przy udziale:
A. wykonawcy P. S. P. B. spółka akcyjna z siedzibą
w B. swoje do postępowania zgłaszającego przystąpienie odwoławczego
o sygn. akt: KIO 851/17 po stronie Zamawiającego,
Spółka S. P. z ograniczoną z siedzibą B. wykonawcy odpowiedzialnością
swoje w S. do postępowania zgłaszającego przystąpienie odwoławczego
o sygn. akt: KIO 851/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. K. spółka akcyjna
z siedzibą w C. i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. K. spółka akcyjna z siedzibą w C. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 851/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w W. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *„Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczłonowych, całkowicie niskopodłogowych”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2017 roku pod numerem 2017/S 027-048251.

28 kwietnia 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 oraz w związku z art. 179 ust.1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – A. K. spółka akcyjna z siedzibą w C. - wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na zmianie, treści pkt. 14,2.3, Rozdziału I SIWZ

„Instrukcja dla Wykonawcy " przez zastąpienie stwierdzenia, iż „ceny *jednostkowe tramwajów netto w opcji nie mogą być wyższe niż odpowiednie ceny jednostkowe tramwajów netto w zamówieniu podstawowym"* sformułowaniem, że *„ceny jednostkowe tramwajów netto w opcji nie mogą być wyższe niż odpowiednie ceny jednostkowe tramwajów netto w zamówieniu podstawowym i nie mogą być niższe niż 7% w stosunku do odpowiednich cen jednostkowych netto tramwajów w zamówieniu podstawowym".*
Przedmiotowa zmiana SIWZ oznaczona numerem 12 została ogłoszona przez Zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2017 roku, pismem o sygn. TW.DNZ.261-58.1648.2017.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów prawa w tym, w szczególności art. 7, art.29 ust. 2, oraz art. 90 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji polegającej na ograniczeniu możliwości zaoferowania przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego (w ramach opcji) tramwaju, za cenę jednostkową niższą niż 7%, w stosunku do ceny tramwaju dostarczanego w ramach zamówienia podstawowego i to bez względu na fakt, czy Wykonawca jest w stanie udowodnić, że ta niższa cena nie ma charakteru ceny dumpingowej w rozumieniu art. 90 ustawy.

Odwołujący wniósł o: o zmianę treści pkt. 14.23, Rozdziału I SIWZ „Instrukcja dla

Wykonawcy" przez przywrócenie jego pierwotnego brzmienia.

Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania, bowiem Wykonawca, jako jedna ze spółek grupy A., jednego z największych na świecie producentów taboru szynowego w tym i tramwajów, posiadając stosowną wiedzę i doświadczenie, zamierza w toku niniejszego postępowania złożyć ofertę. Przy obecnym jednak brzmieniu kwestionowanego punktu SIWZ, złożenie takiej oferty i to oferty korzystnej dla Zamawiającego może okazać się niemożliwe.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał zmiany treści pkt. 14.2.3, Rozdziału I SIWZ „Instrukcja dla Wykonawcy" przez zastąpienie stwierdzenia, że
„ceny *jednostkowe tramwajów netto w opcji nie mogą być wyższe niż odpowiednie ceny jednostkowe tramwajów netto w zamówieniu podstawowym"*
sformułowaniem, że
„ceny jednostkowe tramwajów netto w opcji, nie mogą być wyższe niż odpowiednie ceny jednostkowe tramwajów netto w zamówieniu podstawowym i nie mogą być niższe niż 7% *w stosunku do odpowiednich cen jednostkowych netto tramwajów w zamówieniu podstawowym*
Wykonawca wskazał, że oczywiście nie kwestionuje zasadności warunku, iż cena tramwaju dostarczanego w ramach opcji nie może być wyższa, niż cena tego samego tramwaju dostarczanego w ramach zamówienia podstawowego. Wykonawca kwestionuje natomiast ustalenie przez Zamawiającego, niewynikającego z jakichkolwiek merytorycznych przesłanek limitu dolnej ceny, za którą Wykonawca jest gotowy zaoferować swoje tramwaje Zamawiającemu w ramach realizacji prawa opcji. Wykonawca stoi przy tym na stanowisku, że taki warunek przetargowy stanowi naruszenie absolutnie podstawowej zasady, że Zamawiający nie może narzucać ani kształtować ceny ofertowej. Co więcej, warunek taki stanowi naruszenie równie podstawowej zasady, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek dbać o środki publiczne, a takim postanowieniem pozbawia się możliwości uzyskania najkorzystniejszej ceny - to znaczy ceny niższej niż przyjęte przez niego 7% od ceny obowiązującej dla tramwaju objętego zamówieniem podstawowym.
Działanie Zamawiającego jest przy tym całkowicie nieracjonalne. Zamawiający ogłaszając przetarg, w ramach którego przedmiotem dostawy mają być tramwaje obecnie nigdzie nieprodukowane, ma przecież pełną świadomość, że elementem ceny dostarczanego

tramwaju będzie koszt prac projektowych oraz koszt badań i homologacji takiego tramwaju. Jest zatem rzeczą oczywistą, że koszt tramwaju dostarczanego w ramach opcji, nie

obciążonego już takimi kosztami, może być znacznie niższy, niż koszt tramwaju dostarczanego w ramach wspomnianego zamówienia podstawowego. Odwołujący wskazał, że dziwić musi zatem postępowanie Zamawiającego, który w sposób pozaprawny narzuca Wykonawcy minimalną cenę tramwaju dostarczanego w ramach opcji i to w sytuacji, w której – „jak pragniemy wierzyć" - Zamawiający nie zna przecież proporcji pomiędzy kosztem zaprojektowania tramwaju i jego homologacji przez danego Wykonawcę, a kosztem jego produkcji.
Zdziwienie wzbudziło również po stronie Odwołującego przywołanie przez Zamawiającego w treści informacji o zmianie SIWZ, art. 90 ustawy w kontekście wprowadzanej zmiany treści SIWZ, zważywszy że ustalony przez Zamawiającego limit 7% nijak się ma do przywołanego w tym przepisie ustawy limitu 30%, ani nie ma nic wspólnego z kwestią ewentualnego udowodnienia przez Wykonawcę, że proponowana przez niego cena nie ma charakteru ceny dumpingowej, a zatem że cena ofertowa przewyższa koszty własne produkcji i dostawy tramwaju, przy zachowaniu należytej marży sprzedaży.
Biorąc zatem powyższe pod uwagę, Wykonawca wnosi o zmianę przedmiotowego postanowienia treści SIWZ jako całkowicie niezasadną i sprzeczną z prawem i tym samym wnosi o przywrócenie pierwotnego brzmienia tego zapisu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz i Stron i oświadczeń stanowisk uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 kwietnia 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes*

w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:
wykonawcę P. S. P. B. spółka akcyjna z siedzibą −
w B. swoje do postępowania zgłaszającego przystąpienie odwoławczego po stronie Zamawiającego,
wykonawcę S. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą −
w S. swoje do postępowania zgłaszającego przystąpienie odwoławczego po stronie Zamawiającego

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył w trakcie posiedzenia z udziałem stron pismo z dnia 11 maja 2017 roku Odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony w trakcie rozprawy przez Zamawiającego do akt sprawy dowód (dowód nr 1) – tj. wydruk tabeli ze strony Narodowego Centrum Badań i Rozwoju zawierające zestawienie projektów wybranych do dofinansowania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołania nie uwzględniła.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 7 ust. 1a ustawy - *Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu* Światowej *Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.*

Art. 7 ust. 2 ustawy - *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*

Art. 7 ust. 3 ustawy - *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Art. 29 ust. 2 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Art. 90 ustawy:
Art. 90 ust.1 - *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, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

---

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust.1a - *W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:*
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa*

w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
Art. 90. ust. 2 - *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*
Art. 90 ust. 3 - *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.*
Art. 90 ust. 4 - *Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.*

II.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).* Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.*

Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla*

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady

kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

III.

Izba ustaliła, że Zamawiający zmodyfikował 25 kwietnia 2017 roku Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w rozdziale I SWIZ – *Instrukcja dla Wykonawcy,* ustęp 14.2.3 otrzymał brzmienie: *„ceny jednostkowe tramwajów netto w opcji nie mogą być wyższe niż odpowiednie ceny jednostkowe tramwajów netto w zamówieniu podstawowym i nie mogą być niższe niż 7% w stosunku do odpowiednich cen jednostkowych netto tramwajów w zamówieniu podstawowym".*

IV.

W zakresie podniesionego przez Odwołującego zarzutu Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że w odwołaniu kwestionowana była przez Odwołującego dokonana zmiana postanowień ustępu 14.2.3 SIWZ, Odwołujący nie kwestionował, nie budował argumentacji w uzasadnieniu odwołania odnośnie wielkości wprowadzonego przez Zamawiającego progu 7% lecz wprowadzenia całościowo postanowienia, że ceny tramwajów w opcji nie mogą być niższe niż 7% w stosunku do odpowiednich cen jednostkowych netto tramwajów w zamówieniu podstawowym.

Izba wskazuje, że ukształtowanie opcji w postępowaniu jest prawem jakie przyznaje ustawa Zamawiającemu. Zgodnie z ustawą, Zamawiający przewidujący prawo opcji uwzględnia przy ustaleniu wartości zamówienia największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Przedmiotem zamówienia w rozpoznawanej sprawie jest dostawa tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczłonowych, całkowicie niskopodłogowych w podstawowym gwarantowanym zakresie zamówienia w ilości 123 sztuk wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym, z pakietem naprawczym, pakietem eksploatacyjnym, pakietem materiałów niezbędnych do wykonania naprawy głównej, szkoleniami, dokumentacją techniczną łącznie z licencjami i oprogramowaniem łącznie z licencjami oraz wykonaniem napraw powypadkowych – w zamówienie podstawnym dostarczone zostaną trzy (3) typy tramwajów. Natomiast w zamówieniu w opcji Zamawiający przewidział zakup 90 tramwajów wraz z pakietem eksploatacyjnym, pakietem materiałów

niezbędnych do wykonania naprawy głównej, dokumentacją techniczną łącznie z licencjami i oprogramowaniem łącznie z licencjami oraz wykonaniem napraw powypadkowych – w zakresie dostawy w opcji Zamawiający przewidział tramwaje typu pierwszego i typu drugiego (czyli dwa (2) typy).

W ustępie14 SWIZ – *Opis sposobu obliczenia ceny oferty* Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny oferty. W tym rozdziale, poza kwestionowanym przez Odwołującego postanowieniem SIWZ, wskazał Zamawiający, że cenę oferty wykonawcy muszą podać w Formularzu Oferty (ustęp 14.1). W Formularzu Oferty (Rozdziała 4 SWIZ) na jego pierwszej stronie wskazane zostało, że wykonawcy maja podać całkowitą kotwę realizacji zamówienia, a poniżej podać szczegółowe wyliczanie. W ustępie 16 SIWZ – *Opis kryteriów,*

którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający wskazał, że kryterium oceny ofert stanowić będzie cena ofert (waga - 53%). Tym samym z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że cena oferty będzie uwzględniana przez Zamawiającego przy wyborze oferty najkorzystniejszej, a w cenę oferty wchodzi również cena tramwajów w opcji.

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania, że Zamawiający w tym postepowaniu zamawia tramwaje, które muszą zostać zaprojektowane, tym samym wszystkie tramwaje zamawiane w zamówieniu podstawowym będą zaprojektowane, a koszt projektowania i homologacji takiego tramwaju zostanie uwzględniony w cenie każdego z tramwajów zamawianych w zamówieniu gwarantowanym. Co istotne dla rozpoznania tej sprawy pełnomocnik Odwołującego podniósł, że *koszty realizacji tego zamówienia będą ponoszone przez wykonawcę na początku, wtedy, gdy konieczne jest uzyskanie dokumentów i stosownych homologacji.*

Specyfikę prowadzonego przez Zamawiającego postępowania stanowi właśnie to, że przy jednoznacznym podaniu przez Zamawiającego zakresu przedmiotowego mieszczącego się w zamówieniu podstawowym (tramwaje typu 1, 2, 3 i pozostałe elementy) oraz jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w opcji (tramwaje typu 1 i 2 i pozostałe elementy), to w zamówieniu podstawowym zostaną zgenerowane koszty projektowania i homologacji, co jednoznacznie wskazuje, że koszt tramwaju w opcji będzie mniejszy niż w zamówieniu podstawowym.

Izba podkreśla, że Odwołujący nie wnosił o zmianę ukształtowanego przez Zamawiającego progu, lecz wniósł o wykreślenie wprowadzonego do SWIZ zmianą nr 12 postanowienia, a jednocześnie w trakcie rozprawy zaznaczył, że różnica w cenie tramwaju

---

w zamówieniu podstawowym i zamówieniu w opcji jest oczywista. Przy czym Odwołujący nie wskazał, jak jest realna różnica pomiędzy ceną w zamówieniu podstawowym, a ceną w zamówieniu w opcji. W trakcie rozprawy Odwołujący wskazał, że *może nieznacznie, ale cena tramwaju oferowanego przez Odwołującego w opcji może być mniejsza o więcej niż 7% od ceny tramwaju w zamówieniu podstawowym.* Przy czym, co należy podkreślić, oświadczenie to zostało złożone jedynie w trybie przypuszczającym, dodatkowo Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, udowodnienia swojego stanowiska. Więcej, Odwołujący nie próbował wykazać nawet jakie są realne koszty projektowania, choćby przez odniesienie się do innych zamówień na projekt czy też zaprojektowanie i dostawę tramwajów bądź innych dowód, które uprawdopodobniły by stanowisko Odwołujacego. Jednocześnie Zamawiający przedstawił wydruk tabeli ze strony Narodowego Centrum Badań i Rozwoju (dowód nr 1) zawierający zestawienie projektów wybranych do dofinansowania i wskazał na projekty, które dotyczą zaprojektowania albo wykonania projektu tramwaju nowej generacji, albo opracowania znacząco ulepszonego tramwaju wskazując na koszty kwalifikowane projektu w złotówkach, które oscylują w granicach od ponad 21 mln zł do prawie 27 mln zł. Zamawiający wskazał również, że średnio wycenił tramwaj na 7 800 000,00 zł. Dodatkowo wskazała pełnomocnik, że w opcji zamawiane są 2 typy tramwajów (typ 1 i typ 2) co pozwoliło przeprowadzić następującą kalkulację: tramwaj typ 1 wyceniono został przez Zamawiającego na 7 815 000,00 po odjęciu wartości progu określonego przez Zamawiającego tj. 7% x 45 sztuk (bo tyle jest w opcji) oraz tramwaj typ 2 wyceniono na 7 125 000,00 po odjęciu wartości progu określonego przez Zamawiającego tj. 7% x 45 sztuk (bo tyle jest w opcji) – to w sumie kwota stanowiąca równowartość 7% wynosi 47 061 000,00 zł. Wskazuje to, zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, że w wyniku zestawienia kwot (informacje z dowodu nr 1) do których odwoływał się Zamawiający, oraz wyliczenia przedstawionego przez Zamawiającego wynika, że kwota ta jest większa nawet dwukrotnie od kwot wskazanych w przedstawionym dowodzie. Odwołujący kontestował przedstawiony dowód wskazując na odmienność przedmiotową powołanych w dowodzie nr 1 (trzy ostatnie pozycje) projektów, wskazując, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia kluczowy jest projekt wózka i kosztów wykonania takiego projektu tramwaju. Jednocześnie Odwołujący, po pierwsze, nie wykazał, że w powołanych przez Zamawiającego projektach elementem projektu nie był wózek, a po drugie, Odwołujący nie wskazał np. projektów tramwajów, w których

projektowany był również wózek. Zamawiający w złożonym piśmie procesowym wskazał, że zmiana nr 12 z dnia 25 kwietnia 2017 roku została poprzedzona dokonaną przez Zamawiającego analizą kosztów badań, homologacji oraz projektów tramwajowych, co zostało oparte na wiedzy pochodzącej m. in z Instytutu Pojazdów Szynowych oraz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, a także posiadanej wiedzy i doświadczenia

Zamawiającego. Izba wskazuje w tym miejscu, że mimo stwierdzenia Odwołującego, że Zamawiający bazował na wiedzy podmiotów, które nie zaprojektowały i nie zbudowały żadnego tramwaju, to uczestnicy postępowania odwoławczego potwierdzają, zgodnie z ich oświadczeniami złożonymi na rozprawie, że dokonane przez Zamawiającego analizy są prawidłowe.

Zasługuje na uwagę w tym miejscu, że zamówienie w opcji może, ale nie musi zostać zrealizowane. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający prawidłowo, w sposób bardzo przejrzysty określił jaki jest zakres zamówienia opcjonalnego. Specyfika tego postępowania polega na tym, o czym była mowa już wyżej, że Zamawiający nie kupuje produktu z katalogu, którego koszt w zasadzie to koszt produkcji, ale Zamawiający zamawia coś co zostanie dla niego stworzone, natomiast aby właśnie rzetelnie i prawidłowo przeprowadzić postępowanie dokonuje szczegółowego opisu, również w zakresie kalkulowania ceny oferty w zakresie progu procentowego jaki dopuszcza pomiędzy ceną tramwaju w zamówieniu podstawowym oraz ceną tramwaju w zamówieniu opcjonalnym. Należy mieć na uwadze, że różnorodność przedmiotów zamówienia jak również różnorodność potrzeb Zamawiającego, a w efekcie potrzeba zachowania swoistej równowagi w postepowaniu powodują konieczność kształtowania przez Zamawiającego określonych wymagań. Odwołujący wskazał, że Zamawiający *nie może narzucać ceny, jaką mają zaoferować wykonawcy, co wynika z idei ustawy, która sprowadza się do tego, że Zamawiający za najniższą cenę powinien móc nabyć odpowiedni przedmiot zamówienia.* Zamawiający nie narzuca wykonawcy ceny jaką ma zaoferować w postępowaniu, cena oferty dotyczy bowiem całości zamówienia i taka cena będzie brana pod uwagę przez Zamawiającego przy dokonywaniu badania i oceny ofert w kryteriach, a co e efekcie pozwoli na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, gdzie cena ofertowa będzie stanowiła 53% całej oceny. Ukształtowany próg różnic cenowych przez Zamawiającego, oparty na przeprowadzonej analizie, co wykazał w trakcie rozprawy Zamawiający i jednocześnie poparty w stanowiskach przedstawionych przez uczestników postępowania odwoławczego, a którego niezasadność w żaden sposób nie została uprawdopodobniona przez Odwołującego, stanowi swoiste zabezpieczenie Zamawiającego, bowiem nie można pomijać faktu, że zamówienie w opcji w ogóle może nie zostać zrealizowane. Wskazany przez Zamawiającego zakres zamówienia podstawowego, gwarantowanego 123 tramwaje jak również zakres zamówienia w opcji 90 tramwajów – które nie wiadomo na dzień dzisiejszy czy zostanie zrealizowane – wymaga od Zamawiającego szczególnego działania w celu prawidłowego wydatkowania środków publicznych. Odwołujący wskazywał na cel ustawy i właśnie celom ustawy i innych obowiązujących Zamawiającego przepisów prawa służy wprowadzona regulacja, która nie może być utożsamiana z ograniczeniami, lecz jest swoistym zabezpieczeniem przez

ewentualnym niebezpieczeństwem przenoszenia kosztów pomiędzy zamówieniem podstawowym a zamówieniem w opcji. Najniższa cena zamówienia przy utrzymaniu i spełnieniu wymagań przedmiotowych niewątpliwie jest celem ustawy, jednakże obowiązkiem Zamawiającego jest również, przy tym że z prawa opcji może ale nie musi on korzystać, takie ukształtowanie postanowień SWIZ, które zabezpieczą interesy publiczne.

Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący wskazując na pozaprawne działania Zamawiającego nie wykazuje w jakim zakresie Zamawiający narusza przepisy ustawy. W zakresie wskazywanego naruszenia art. 7 ustawy, który posiada kolejne ustępy Odwołujący nie wskazuje jakie zasady Prawa zamówień publicznych narusza kwestionowane postanowienie SIWZ. W stosunku do wszystkich wykonawców chcących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie postanowienia SWIZ są jednakowe i w ramach tych postanowień będzie Zamawiający dokonywał oceny ofert, a Odwołujący nie wykazał aby została

naruszona któraś z zasad określonych w ustawie. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie może narzucać ceny ofertowej w postępowaniu, czego Zamawiający nie czyni, bowiem „Cena oferty" dotyczy całego zamówienia, czyli i tego w zakresie podstawowym i w zakresie opcji, co wynika w sposób jednoznaczny z postanowień SWIZ. Natomiast, jak słusznie zauważył Zamawiający oraz uczestnik postępowania odwoławczego, wprowadzone do SWIZ postanowienie ma zapobiegać tzw.: „inżynierii cenowej", i ma uchronić Zamawiającego przed ponoszeniem wydatków, które nie są częścią zamówienia podstawowego, gwarantowanego. Izba zaznacza, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienie jest elementem opisu sposobu obliczenia ceny oferty, natomiast Odwołujący kwestionując wskazuje na naruszenie przepisu odnoszącego się do opisu przedmiotu zamówienia, który odnosi się do cech fizycznych przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz bezpośrednio związanych z przedmiotem zamówienia świadczeń, których określenie przez Zamawiającego mogłoby naruszać konkurencję pomiędzy podmiotami. Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami ustawy Zamawiający zawarł w SWIZ zarówno opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy) jak również zawarł opis sposobu obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy). Nie wykazał Odwołujący w jaki sposób doszło do naruszenia tej regulacji prawnej.

W podnoszonej w trakcie rozprawy argumentacji Odwołujący wskazywał, że Zamawiający mógł np. *wprowadzić wagi oceny ofert, odrębne kryteria i np. dając 60% cenie podstawowej i 40% cenie tramwaju w opcji lub np. 80% do 20%.* Należy w tym zakresie zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający mógł wprowadzić osobne kryteria oceny ofert dla zamówienia podstawowego jak również zamówienia w opcji, jednakże nie jest to obowiązkiem Zamawiającego. Uwzględniając natomiast specyfikę tego postępowania Zamawiający zastosował inne rozwiązanie, które w realiach prowadzonego

---

postepowania pozwala Zamawiającemu na określenie progu, który gwarantuje mu ponoszenie realnych kosztów za określone zamówienie. Nie sposób zarzucić Zamawiającemu, co stara się czynić Odwołujący, że nie dba Zamawiający o środki publiczne, gdy tymczasem Odwołujący nawet nie stara się uprawdopodobnić, że próg ten (7%) jest niewłaściwy oraz nie wskazuje regulacji prawnych, które wprowadzeniem takiego postanowienia miałby naruszyć Zamawiający, jednocześnie Odwołujący zaznaczył że różne będą ceny za tramwaj w zamówieniu podstawowym i zamówieniu w opcji.

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 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: