Sygn. akt KIO 2459/21

WYROK

z dnia 13 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 8 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego

17 sierpnia 2021 r. r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Public Transport Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu pn. Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów

trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych
(nr postępowania KS/ZP/2/2021.)

prowadzonym przez zamawiającego: Koleje Śląskie sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki"
S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim - zgłaszającego przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w taki sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności - odrzucenie oferty Przystępującego, która, jak wynika ze złożonych przez niego wyjaśnień z 27 lipca 2021 r.: po pierwsze - nie odpowiada wynikającym ze SWZ warunkom tego zamówienia, zgodnie z którymi naprawa dziewięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 22 WE (EN76) o numerach 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009 ma odpowiadać czwartemu poziomowi utrzymania określonemu w Dokumentacji Systemu Utrzymania nr DSU 22WE 0130-1 („DSU") w zakresie wymagania, potwierdzonego w ramach odpowiedzi na pytanie nr 10 w ramach wyjaśnień z 7 lipca 2021 r., aby zgodnie z pkt 8.9. Silnik trakcyjny TMF 59-39-4, lp. 5. DSU zdemontowane silniki trakcyjne w celu wykonania naprawy głównej zostały przekazane do ich producenta (w tym przypadku: Traktionssysteme

Austria Gmbh z siedzibą w Wiener Neudorf w Austrii) lub jego autoryzowanego

serwisu, po drugie - zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z powodu nieuwzględnienia kosztów wymiany wszystkich elementów gumowych i gumowo-metalowych wózków na nowe, co jest wymagane zgodnie

z pkt 4.8. Wózki, lp. 19.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) - stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

3) znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e n i e

Koleje Śląskie sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej: „Zamawiający”} prowadzą

na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Usługa naprawy

4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych (nr postępowania KS/ZP/2/2021.)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 kwietnia 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00037205/01.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

7 sierpnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu powyższego postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim {dalej: „ZNTK” lub „Przystępujący”}.

17 sierpnia 2021 r. Public Transport Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „PTS” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty ZNTK oraz od zaniechania udostępnienia złożonych przez ZNTK wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 - przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień ZNTK złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty ZNTK, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim ZNTK zamierza wykonać zamówienie w sposób inny niż wskazany przez Zamawiającego, tj. samodzielnie wykonać przeglądy: 1) silników trakcyjnych produkcji TSA, 2) układu hamulcowego produkcji Knorr, 3) przekładni produkcji Voith - podczas gdy z Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdów 22WE (EN76) {dalej: „DSU”} jednoznacznie wynika, że przeglądy tych podzespołów mogą zostać wykonane wyłącznie przez ich producenta bądź jego autoryzowanego przedstawiciela.

3. Art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 - przez zaniechanie udostępnienia PTS wyjaśnień złożonych przez ZNTK na skutek wezwania Zamawiającego na podstawie

art. 224 ust. 1.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenia oferty ZNTK jako zawierającej rażąco niską cenę.

3. Odrzucenia oferty ZNTK jako niezgodnej warunkami zamówienia.

4. Udostępnienia wyjaśnień złożonych przez ZNTK na skutek wezwania Zamawiającego

na podstawie art. 224 ust. 1 pzp.

Odwołujący sprecyzował dodatkowo powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Cena oferty ZNTK (32.038.738,65 zł) stanowi 61% kwoty, która Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (52.250.400,00 zł).

Zamawiający wezwał ZNTK w trybie art. 224 pzp do wyjaśnienia, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska, a udzielone przez ZNTK wyjaśnienia nie zostały PTS udostępnione przez Zamawiającego.

Zgodnie z § 2 ust. 2 Wzoru Umowy (stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ, który zgodnie z pkt 5.2. SWZ zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich czynności objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z opisem Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz zgodnie z wymogami wynikającymi z wymienionego tam katalogu dokumentów, norm i przepisów, przy czym na pierwszym miejscu jako nadrzędną wskazano obowiązującą Dokumentację Systemu Utrzymania nr DSU 22WE 0130-1, zatwierdzonej przez Koleje Śląskie {dalej: „DSU}.

Kategorie kosztów, które należało wziąć pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty: 1) koszty robocizny, 2) koszty materiałów, 3) koszty usług, 4) koszty finansowe, 5) koszty udzielenia 48-miesięcznej gwarancji, 6) koszty stałe związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa, 7) koszty ryzyk możliwych do wystąpienia w trakcie realizacji zamówienia (np. nieoczekiwane wzrosty cen materiałów i usług, inflacja, negatywne skutki pandemii w globalnych, regionalnych i lokalnych łańcuchach dostaw, wzrost kosztów robocizny, kary umowne).

{ad 2)}

Koszt wymiany elementów metalowo-gumowych i wszystkich pozostałych elementów gumowych na nowe, co przewiduje DSU (str. 51, pkt 8.4 Wózki, ppkt 19), wynosi co najmniej 270 tys. zł. Ich jedynym dystrybutorem na terenie Polski jest firma M&MR Trading/ Transcomfort.

Dodatkowo w ramach wyjaśnieniach treści SWZ z 7 lipca 2021 r. w pkt ad 15. Zamawiający wprowadził do załącznika nr 2 do SWZ § 2 ust.12 tj. wymianę na nowe

elementów zawieszenia pneumatycznego zgodnie z wymogiem DTR producenta.

Z uwagi na konieczność wykonania naprawy amortyzatorów w sposób zgodny z technologią producenta, nie jest możliwa wymiana poszczególnych komponentów, konieczny jest zakup nowych amortyzatorów, których koszt wynosi 86.769,00 zł.

Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia szeregu prac w zakresie układu klimatyzacji zgodnie z DTR, przewidującą wymianę na nowe komponentów ujętych w poz. DSU: 4.9. - zawór rozprężny klimatyzatora kabiny przedziału pasażerskiego, 4.10. - zawór rozprężny klimatyzatora kabiny przedziału pasażerskiego, co kosztuje nie mniej niż 27 tys. zł netto.

W ramach stałego zakresu naprawy rewizyjnej P4 w klimatyzatorach kabiny maszynisty oraz przedziału pasażerskiego należy obligatoryjnie wymienić na nowe chociażby wibroizolatory.

Łączny koszt wymiany podzespołów na nowe wynosi co najmniej 325.494,00 zł netto

dla jednego pojazdu.

{ad 3)}

Odwołujący otrzymał z Traktionssysteme Austria Gmbh {dalej: „TSA"}, producenta silników trakcyjnych TMF 59-39-4, ofertę na kwotę 4.150 EUR za przegląd jednego silnika, co oznacza, że dla jednego pojazdu koszt naprawy 4 silników wynosi 16 tys. EUR, czyli

(wg kursu 1 EUR = 4,5 zł) 74.700,00 zł

Do tego należy dodać koszty transportu w wysokości ok. 800 EUR tj. 3600 zł. Razem koszt naprawy silników dla jednego pojazdu 22WE wynosi łącznie 78.300 zł netto.

W przypadku wykonania naprawy przez ZNTK Mińsk Mazowiecki we własnym zakresie (a zatem niegodnie z zapisami DSU), przyjmując, że stały zakres naprawy silnika wynikający z jego DTR wynosi 80 rbh i stawkę brutto za rbh w ZNTK 38 zł, daje to koszt naprawy 3040,00 zł za jeden silnik i 12.160,00 zł dla jednego pojazdu. Oznaczałoby to, że ZNTK osiągnął nieuprawnioną oszczędność w wysokości 66.140,00 zł na jeden pojazd.

{ad 5)}

Zarówno PTS, jak i ZNTK zaoferowały 48-miesięczny okres gwarancji, której koszty rosną wykładniczo wraz ze wzrostem okresu czasu, na jaki została ona udzielona.

Koszty gwarancji dla jednego pojazdu 22WE na okres 48 miesięcy powinny zawierać się w przedziale 100-200 tys. zł, w zależności od przyjętej metodologii zapobiegania i usuwania usterek (np. utrzymywanie stałego serwisu na miejscu u klienta, poziom zabezpieczenia materiałów w celu serwisowania prewencyjnego i korekcyjnego).

Z uwago na wymagania określone w § 4 Wzoru Umowy m. in. w zakresie czasu usuwania wad (3 dni robocze od zawiadomienia), zakresu odpowiedzialności za wady oraz ich skutki i następstwa, dla 9 pojazdów 22WE w okresie 48 miesięcy należy zapewnić dwóch pracowników serwisowych na potrzeby usuwania usterek i realizacji zobowiązań w miejscu eksploatacji pojazdów tj. w hali utrzymaniowej Zamawiającego, co daje 306.432,00 zł [168 rbh x 38 zł (stawka obliczona na podstawie danych finansowych z powszechnie dostępnego raportu ZNTK) x 48 miesięcy]

Do powyżej kwoty należy doliczyć koszt potencjalnych materiałów i usług niezbędnych do obsługi 48-miesiecznej gwarancji w wysokości 100 tys. zł.

Łącznie daje to kwotę 406.432,00 zł netto (w przeliczeniu na 1 pojazd 45.159,00 zł netto) kosztu 48-miesięcznej gwarancji, którą można było minimalnie przyjąć.

{ad 6)}

Identyfikacja wszystkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu postępowania przetargowego, zarządzanie tymi ryzykami oraz wyliczenie wszystkich potencjalnych kosztów ryzyk (po ich mitygacji) jest obowiązkiem każdego podmiotu posiadającego system zarządzania jakością zgodny z normą ISO TS 22163 (standard IRIS), co było wymagane od wykonawców w tym postępowaniu.

Minimalna wartość rezerwy na koszty ryzyk, która powinna zostać uwzględniona

w kalkulacji kosztowej wynosi 5% od ceny netto jednego pojazdu, tj. w przypadku ZNTK 144.709,00 zł netto na jeden pojazd.

Okoliczności prawne.

Zastosowanie procedury z art. 224 pzp tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy będącym adresatem wezwania (tak m.in. KIO 1856/20).

Domniemanie istnienia w ofercie ZNTK rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia skutkuje tym, że Wykonawca ten, jeżeli chciał je obalić, powinien wykazać, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, a wykonanie zamówienia za tę cenę jest realne.

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że wyjaśnienia wezwanego wykonawcy muszą być konkretne i odnosić się do danego zamówienia, m.in. w uzasadnieniu wyroku Izby z 17 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 262/09 stwierdzono, co następuje. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007 r. sygn. V Ca 2214/06, tj. że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca przez swoje wyjaśnienia domniemania tego nie obalił.

Brak wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny bądź ich nikła wartość merytoryczna stanowi samodzielną i wystarczającą podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty. Oznacza to, że wykonawca nie może w toku postępowania odwoławczego powoływać inne twierdzenia niż wskazane we wniesionych przez niego wyjaśnieniach. Zatem w postępowaniu odwoławczym ocenie podlega tylko to, czy zamawiający dysponując wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 224 pzp dokonał ich prawidłowej oceny.

Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia oraz dowody złożone przez wykonawcę na podstawie art. 224 pzp stanowią integralną część jego oferty (tak m.in. KIO 1377/12, KIO 2202/12). Jeżeli zatem z wyjaśnień wykonawcy wynika, że zamówienie będzie realizowane niezgodnie z SWZ, oznacza to niezgodność treści oferty z treścią SWZ.

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, że w przypadku potwierdzenia się podnoszonych przez niego okoliczności ofertę ZNTK należy uznać za zawierającą rażąco niską cenę, gdyż nie zostały w niej uwzględnione w całości lub części następujące pozycje: koszty gwarancji w wysokości 45.159,00 zł netto na pojazd, koszty ryzyk w wysokości 144.709,00 zł netto na pojazd, koszty wymiany podzespołów na nowe w wysokości co najmniej 325.494,00 zł netto na pojazd, a zatem łącznie 515.362,00 zł netto na pojazd, których to kosztów ZNTK z wysoką dozą prawdopodobieństwa nie uwzględnił w swojej ofercie.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne [ponad już powyżej przywołane].

Warunki techniczne eksploatacji pojazdów kolejowych określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Zgodnie z § 6 tego rozporządzenia utrzymanie pojazdów kolejowych powinno być wykonywane przez podmioty posiadające wykwalifikowanych pracowników, zaplecze techniczne oraz warunki organizacyjne gwarantujące prawidłowe wykonywanie prac określonych w dokumentacji systemu utrzymania. Zatem wykonywanie przeglądów pojazdów kolejowych, w tym również na poziomie P4, musi odbywać się zgodnie w DSU, nawet, gdyby taki wymóg nie został wskazany w SWZ.

Aby zrealizować umowę zgodnie z warunkami SWZ wykonawca musi wykonać prace również zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchową {dalej: „DTR”}, która obejmuje między innymi zasady montażu, obsługi, konserwacji i napraw komponentów zamontowanych w pojeździe.

W wyjaśnieniach treści SWZ z 7 lipca 2021 r. w odpowiedzi na pytanie nr 19 wskazał, że w trakcie odbiorów końcowych po wykonanej naprawie 4 poziomu utrzymania (naprawie rewizyjnej) będzie kontrolował poprawność działania poszczególnych układów

i urządzeń EZT wraz ze sprawdzeniem poprawności ich działania przy pomocy

dedykowanego oprogramowania diagnostycznego... Sprawdzeniu przy pomocy oprogramowania serwisowego będą między innymi podlegać: układ sterowania, układ

napędowy, układ klimatyzacji, układ hamulcowy, układ sterowania drzwiami, układ rejestracji parametrów jazdy.

W toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1320/21 przedstawiciel ZNTK oświadczył (niezaprotokołowane), że ZNTK jest profesjonalnym wykonawcą, który we własnym zakresie dokonuje naprawy i przeglądy m.in. następujących podzespołów elektrycznych zespołów trakcyjnych: silniki trakcyjne, układy hamulcowe, przekładanie, układ klimatyzacji. Oznaczałoby to, że ZNTK ma możliwość dokonywania ich napraw i przeglądów bez potrzeby zlecania tych czynności ich producentom bądź autoryzowanym serwisom.

ZNTK w odpowiedzi na pkt 8. wezwania Zamawiającego dotyczącego sprawdzenia, czy cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej w pkt. 8 wezwania winien wykazać wszystkie elementy, które w ramach kalkulacji ceny ofertowej zgodnie z SWZ zamierza wymienić na nowe

DTR w zakresie układu napędowego Ingeteam zawiera szereg danych (charakterystyki trakcyjne układu napędowego, charakterystyki hamowania, wartości parametrów zależnych od napięcia sieci trakcyjnej, schematy elektryczne elementów układu napędowego, schematy i zasady komunikacji CAN, zasady konserwacji i uruchamiania sytemu, dane dotyczące siły pociągowej i siły hamowania w funkcji czasu oraz algorytmów sprawdzania ich poprawnych wartości) oraz obejmuje szczegółowe instrukcje (w szczególności na 4. i 5. poziomie utrzymania: TA1000IFD01 - instrukcje techniczne o produkcje, TA 1000IKH02 - instrukcja montażu i użytkowania, TA 1000IKH01 - plan konserwacji), bez których wykonanie czynności przeglądowo-naprawczych układu napędowego w zakresie naprawy rewizyjnej P4 nie jest możliwe.

W pkt. 8.9. l.p.5. DSU znajduje się wymóg, zgodnie z którym przegląd silnika powinien zostać wykonany przed jego producenta, czyli w tym przypadku TSA, bądź jego

autoryzowany serwis.

Dodatkowo w opublikowanych wyjaśnieniach dotyczących treści SWZ Zamawiający, na pytanie nr 10, dotyczące możliwości wykonania naprawy silników trakcyjnych TMF 59-39-4 przez specjalistyczny personel posiadający doświadczenie w naprawach tego typu

silników, udzielił odpowiedzi, że dopuszcza on możliwość wykonania naprawy rewizyjnej silników jedynie przez ich producenta lub autoryzowany serwis producenta i ustanowił obowiązek wykazania się dokumentem autoryzacji tegoż serwisu.

Odwołujący zwrócił się do TSA o potwierdzenie, że ZNTK nie jest jego autoryzowanym serwisem i je otrzymał.

Zgodnie z DSU również naprawa P4 układu hamulcowego Knorr, przekładni Voith i układu klimatyzacji Konvekta powinny zostać wykonane przez ich producentów

lub autoryzowany serwis producenta.

Wedle wiedzy Odwołującego ZNTK nie jest autoryzowanym serwisem Knorr i Voith ani Konvekta.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądów powszechnych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność treści oferty z treścią SWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym

w SWZ (tak m.in. KIO 485/21, KIO 1505/20).

Treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na podstawie art. 224 pzp determinuje treść oferty złożonej przez tego wykonawcę. Ujawnienie na etapie analizy wskazanych wyjaśnień niezgodności oferty z treścią SWZ musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, nawet jeśli na podstawie ogólnych deklaracji wykonawcy zawartych w formularzu oferty można by przyjąć zgodność oferty z SWZ.

Zupełnie nie do zaakceptowania dla Izby jest okoliczność, że Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawcy w punkcie dotyczącym zastosowania innej niż przewidziana w dokumentacji projektowej technologii wykonania prac. (...) Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewidział inny sposób wykonania zamówienia i osiągnięcia zakładanego celu, niż zaproponował Wykonawca (z uzasadnienia wyroku Izby z 21 października 2020 r. sygn. akt KIO 2351/20).

W ocenie Izby, w złożonych wyjaśnieniach ujawnione zostały podstawy faktyczne do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł, że nie jest prawdą, iż złożył ofertę zmieniając przedmiot zamówienia ani że jego oferta jest wariantowa oraz wskazał, że potwierdził gotowość do wykonania zamówienia zgodnie i ściśle z dokumentacją sporządzoną przez Zamawiającego, z uwzględnieniem dokonania w przyszłości pewnych

optymalizacji i wycenieniem ryzyka związanego z taką optymalizacją. Tezie tej przeczy

jednak treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień. (...) treść udzielonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia częściowo w sposób inny niż ustalony przez Zamawiającego. Szczegółowe odpowiedzi na pytania Zamawiającego wskazują, że wbrew ogólnemu oświadczeniu wykonawcy, iż ceny jednostkowe zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacjach technicznych i zawierają wszystkie wymagane w nich dokumenty, Odwołujący wycenił przedmiot zamówienia na podstawie przyjętych przez siebie założeń, innych niż wynikające z dokumentacji przez Zamawiającego. Przywołana wyżej ogólna deklaracja nie pozwala na pominięcie okoliczności ujawnionych w szczegółowej części wyjaśnień i nie stanowi o zgodności oferty z treścią SIWZ. Mimo że Odwołujący nie zmienił opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych, to udzielone wyjaśnienia ujawniły, że w rzeczywistości rozwiązania przyjęte do wyceny i objęte oświadczeniem woli wykonawcy różniły się od narzuconych przez Zamawiającego (z uzasadnienia wyroku z 7 listopada 2014 r. sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14).

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, że Zamawiający, chcąc prawidłowo dokonać oceny oferty ZNTK oraz integralnych załączników do niej w postaci wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zobowiązany był nie tylko do weryfikacji, czy udzielone wyjaśnienia uzasadniają cenę ofertową ZNTK, ale również powinien dokonać weryfikacji wynikającego z tych wyjaśnień sposobu wykonania zamówienia, w szczególności pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, w tym DSU pojazdów 22WE (EN76), czego zaniechał, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Po pierwsze, w przypadku powierzenia wykonania naprawy rewizyjnej układu napędowego podmiotowi innemu niż autoryzowany przedstawiciel producenta układu

tj. Ingeteam przedmiot umowy zostanie zrealizowany niezgodnie z SWZ.

Po drugie, istnieje uzasadnione podejrzenie, że ZNTK będzie wykonywał naprawę silników trakcyjnych we własnym zakresie, a zatem niegodnie z zapisami DSU. Jeśli ZNTK rzeczywiście w swoich wyjaśnieniach zadeklarował samodzielne wykonanie przeglądów silników TSA, oświadczenie to należy traktować jako treść jego oferty. W konsekwencji jeżeli ZNTK oświadczyło, że zamierza realizować przedmiot zamówienia w sposób odmienny od wymogów określonych w SWZ, jego oferta musi zostać odrzucona jako sprzeczna z treścią SWZ

Po trzecie, przedstawione powyżej argumenty dotyczące wykonania przeglądów silników trakcyjnych TSA odnieść należy również do innych podzespołów, które ZNTK najprawdopodobniej zamierza wykonać we własnym zakresie, choć zgodnie z DSU powinny zostać wykonane przez ich producenta lub jego autoryzowany serwis, w szczególności: układu hamulcowego Knorr, przekładni Voith i układu klimatyzacji Konvekta. ZNTK nie jest uprawniony do przeprowadzenia przeglądów układu hamulcowego Knorr, przekładni Voith, układu napędowego firmy Ingeteam oraz układu klimatyzacji firmy Konvekta, gdyż nie jest autoryzowanym serwisem tych producentów.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

PST wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień ZNTK złożonych na skutek wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania wyjaśnienia te nie zostały Odwołującemu udostępnione.

Odwołujący nie zna przyczyn bezczynności Zamawiającego w tym zakresie.

Okoliczności prawne.

Jawność postępowania jest podstawą zasadą prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 74 ust.1 i 2 pzp protokół postępowania oraz załączniki do niego są jawne i udostępniane na wniosek, co odnosi się również do wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Zgodnie ze stanowiskiem W. Dzierżanowskiego wykładnia celowościowa prowadzi do wniosku, iż na zasadach określonych dla ofert lub wniosków (a więc wcześniej niż dla pozostałych załączników do protokołu) udostępnieniu podlegają takie dokumenty, jak wyjaśnienia treści oferty lub dokonane poprawki w treści oferty. [W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, str. 791].

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 7 września 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Na skutek przeprowadzonej przez Zamawiającego procedury w zakresie badania rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 224 pzp, Zamawiający po analizie wyjaśnień Przystępującego oraz dokumentów i dowodów mających na celu udowodnienie, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy będących Załącznikiem nr 2 do SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania

przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, uznał wyjaśnienia za wyczerpujące i dowody potwierdzające prawidłowość przyjętych w ofercie założeń cenotwórczych.

Zamawiający nie dopatrzył się również, aby Przystępujący zamierzał wykonać przedmiot zamówienia w sposób inny niż określony w SWZ. Zarzut jest sformułowany wyłącznie o domysły Odwołującego, które nie znajdują żadnego oparciu w zgromadzonym przez Zamawiającego materiale postępowania.

Wręcz przeciwnie, z treści oferty Przystępującego i jego wyjaśnień wprost i jednoznacznie wynika, że zamówienie będzie realizowane zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, w tym określonymi we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SWZ.

Ze względu na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało opisane w punkcie 2 powyżej, Zamawiający nie jest w oparciu o art. 18 ust. 3 pzp uprawniony do ujawnienia szczegółów zarówno wyjaśnień, jak i dokumentów dołączonych do nich. Na podstawie przeprowadzonej przez Zamawiającego analizy brak było jednak podstaw do przyjęcia, że zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego.

Chybiony jest zatem również zarzut Odwołującego odnośnie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień ZNTK złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZNTK.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Brzmienie sekcji XI ust. 11.1. SWZ: Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami z zastrzeżeniem ust. 11.16, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania/ Informacje”. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz innych informacji przyjmuje się datę ich wczytania do Systemu. Przekazanie korespondencji, o której mowa w niniejszej sekcji w formie innej niż określona przez Zamawiającego będzie nieważne.

Brzmienie sekcji XI ust. 11.19. SWZ: Osobami uprawnionymi do kontaktowania się

z Wykonawcami od poniedziałku do piątku w godzinach od 7:00 do 15:00 są: • M. F. - email:

mf.@kolejeslaskie.com - w sprawach merytorycznych, • J. K. - email: j.k.@kolejeslaskie.pl - w sprawach formalnych (proceduralnych).

PTS złożył wniosek udostępnienie informacji publicznej w zakresie oferty i wyjaśnień złożonych przez ZNTK za pośrednictwem platformy, jednocześnie wskazując, że odpowiedź winna być udzielona na mail prezesa PTS.

Zgodnie z przywołaną powyżej procedurą Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi za pośrednictwem platformy:

Działając zgodnie z art. 18. ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (tj. z dnia 18 maja 2021 r.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, zwana dalej: PZP) Zamawiający przekazuje ofertę Wykonawcy ZNTK Mińsk Mazowiecki S. A. złożoną w postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż w zw. z art. 18 ust. 3 PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Zamawiający wskazuje, iż dokonał pozytywnego zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę ZNTK Mińsk Mazowiecki S.A. w związku z czym w tym zakresie nie udziela odpowiedzi na Państwa wniosek.

W zakresie wniosku o przesłanie w/w informacji na mail, zgodnie z SEKCJĄ XI SWZ ust. 11 pkt. 11 Zamawiający wskazuje, iż: Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami z zastrzeżeniem ust. 11.16, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje lub elektroniczne kopie

dokumentów lub oświadczeń, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania/ Informacje". (...).

W związku z czym Zamawiający udziela informacji za pośrednictwem Platformy.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 pzp protokół postępowania oraz załączniki do niego są jawne i udostępniane na wniosek Powyższe odnieść należy również do wyjaśnień wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych na podstawie art. 224 pzp.

W tych okolicznościach zdaniem Zamawiającego należy jednoznacznie stwierdzić, że zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 pzp jest całkowicie chybiony.

W piśmie z 7 września 2021 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

(...) Odwołujący przedstawił dokumenty, z których wynika jedynie, jakie są jemu dostępne warunki handlowe oferowane przez dostawców i jakie były warunki ofert, które Odwołujący otrzymał w celu kalkulacji swojej oferty. Nie są to dokumenty w żaden sposób odnoszące się do sytuacji Przystępującego. Zarzuty formułowane przez Odwołującego oparte są tylko i wyłącznie na domniemaniach i własnej ocenie Odwołującego.

Odwołujący zdaje się opierać swoją argumentację na założeniu, że skoro ZNTK MM zaoferował cenę niższą niż Odwołujący, to jest to cena rażąco niska. Odwołujący porównuje bowiem swoją sytuację i oferty które sam otrzymał, a także sposób realizowanych przez siebie zamówień, z sytuacją i ofertami, które otrzymał ZNTK MM (nie znając tych drugich).

Porównywanie ze sobą spółek Odwołującego i Przystępującego jest całkowitym nieporozumieniem ze względu na diametralnie różną sytuację, rozmiar i sposób działalności obu podmiotów. Cenę oferty Odwołującego należy oceniać nie porównawczo w stosunku do oferty Przystępującego, ale przez pryzmat złożonych przez ZNTK MM wyjaśnień, które szczegółowo, wyczerpująco i z wykorzystaniem dowodów objaśniają sposób wyliczenia

ceny i skutecznie obalają domniemanie istnienia ceny rażąco niskiej, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający oceniając pozytywnie złożone Wyjaśnienia postąpił prawidłowo i nie ma podstaw do formułowania żadnych zarzutów w tym zakresie.

Różnice między spółkami Odwołującego i Przystępującego są znaczące. Przystępujący ma status dużego przedsiębiorcy, jest zakładem działającym od ponad 70 lat. Natomiast Odwołujący prowadzi działalność w zakresie utrzymania pojazdów szynowych od niedawna (zgodnie z informacją z KRS stanowiącą załącznik nr 1 do odwołania, Odwołujący prowadzi działalność od 2016 roku) i zatrudnia kilkadziesiąt osób. Ponadto nie posiada własnego odpowiedniego zaplecza warsztatowego, a korzysta z różnych lokalizacji najczęściej niedostatecznie dostosowanych do wykonywania napraw. Przez to musi w szerszym zakresie korzystać z usług kooperantów co pociąga za sobą konieczność ponoszenia kosztów transportu często na duże odległości jak np. wózki, czy malowanie nadwozi w komorze lakierniczej, których Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie naprawić

w zakresie naprawy P4.

Odwołujący nie wykonał jeszcze należycie żadnej naprawy P4 elektrycznego zespołu trakcyjnego, a Przystępujący wykonał naprawy aż 126 pojazdów w ciągu ostatnich 5 lat i obecnie realizuje dwie umowy na wykonanie P4 - dla SKM i KM (łącznie na 25 szt.). Wszystkie zamówienia zostały wykonane należycie.

Tak duże doświadczenie oraz wielkość przedsiębiorstwa pozwala ZNTK MM w szczególności na: a) dokładne przypisanie poszczególnym czynnościom ich pracochłonności, co jest podstawą do wyceny kosztów pracy, b) uzyskanie lepszych warunków cenowych od dostawców, c) wprowadzenie procesów optymalizacyjnych wynikających z efektu skali, d) wykonywanie różnych etapów prac równolegle na kilku pojazdach dzięki odpowiedniemu zapleczu technicznemu i personalnemu.

Przystępujący podkreśla, że skala prowadzonej przez niego działalności pozwala mu negocjować i uzyskiwać korzystniejsze warunki cenowe niż w przypadku pojedynczych zamówień. Na cenę oferty od dostawcy wpływa bowiem wiele czynników, w szczególności wolumen zamówienia, termin dostaw, szczegółowe warunki handlowe w tym terminy płatności, zakres uzgodnień, zakres usług dodatkowych, a także wzajemne relacje handlowe między stronami (np. możliwość indywidualnego wynegocjowania stawek czy rabatów). Mając na uwadze wszystkie te elementy, ZNTK MM pozyskał wiążące oferty od dostawców na wykonanie kluczowych prac, które to oferty stanowią załączniki do Wyjaśnień.

W wyjaśnieniach szczegółowo opisano także pozostałe okoliczności wskazujące na korzystne warunki wykonania zamówienia, właściwe dla ZNTK MM. Celem zachowania tych informacji w poufności, Przystępujący nie przytacza ich szczegółowo w niniejszym piśmie, a jedynie odsyła do str. 6 Wyjaśnień.

W punkcie 9 odwołania Odwołujący wskazuje na elementy cenotwórcze, które jego zdaniem powinna zawierać oferta. W swojej ofercie ZNTK MM uwzględnił wszystkie te elementy, co wprost wynika ze złożonych wyjaśnień, a w szczególności z załączonej do nich kalkulacji, stanowiącej załącznik nr 3 do Wyjaśnień.

Odwołujący szczególną uwagę poświęcił kosztom gwarancji oraz ryzyk. W zakresie kosztów gwarancji wskazujemy, że zostały one obliczone i uwzględnione w ofercie ZNTK MM oraz wykazane w Wyjaśnieniach. Zdaniem Odwołującego wartość kosztów gwarancji dla jednego pojazdu 22WE na okres 48 miesięcy powinna mieścić się w przedziale 100 000 zł - 200 000 zł, przy czym kilka akapitów dalej Odwołujący wskazuje, że jego zdaniem minimalna kwota, jaką każdy oferent powinien założyć do kalkulacji kosztowej, to 45 159 zł. Pokazuje to, że Odwołujący nie jest w stanie precyzyjnie oszacować tych kosztów, ponieważ rozpiętość jego szacunków sięga 400 %. ZNTK MM starannie i precyzyjnie obliczył te koszty, opierając się na racjonalnej i oszczędnej kalkulacji popartej wieloletnim doświadczeniem.

ZNTK MM wyjaśnia, że co do zasady pozyskuje do dostawców oferty z gwarancją 12 lub 24 miesięczną, a w pozostałym zakresie ZNTK MM wykonuje naprawy gwarancyjne

samodzielnie. Na podstawie swoich doświadczeń i danych z eksploatacji pojazdów wcześniej przez siebie naprawianych i modernizowanych, ZNTK MM może precyzyjnie określić, które komponenty wykazują się większą awaryjnością, jak często występują usterki

1 w związku z tym jaki będzie koszt ich usunięcia. Danych takich nie posiada Przystępujący,

ponieważ nie świadczy on usług gwarancyjnych po przeglądzie poziomu P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych, dlatego nie jest w stanie oszacować kosztów usług gwarancyjnych w taki sposób, jak Przystępujący. Jednak ZNTK MM dysponując ww. danymi zweryfikował,

że nie jest potrzebne utrzymywanie stałej obsady 2 serwisantów dedykowanych wyłącznie do usuwania usterek w przedmiotowych pojazdach. Z dokumentacji Postępowania, w szczególności z wzoru umowy, taki obowiązek również nie wynika. Nie ma więc podstaw

aby twierdzić, że wykonawca powinien wliczyć do ceny ofertowej koszt zapewnienia

2 pracowników serwisu. ZNTK MM przyjął w tym zakresie rozwiązanie sprawdzone w praktyce, optymalne kosztowo i w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego. W zakresie kosztów gwarancji wskazujemy, że zostały one obliczone zgodnie z załącznikiem nr 2 do niniejszego pisma. Koszty te zostały uwzględnione w załączniku nr 3 do Wyjaśnień (Kalkulacja wykonania prac, kolumna 9 „Pozostałe koszty (.)"), co wprost wynika z nagłówka kolumny nr 9. Dowód: sposób obliczenia kosztów gwarancyjnych - załącznik nr 3 (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ZNTK MM)

W zakresie kolejnej kwestii wskazywanej przez Odwołującego wyjaśniamy, że ZNTK MM określił wszelkie ryzyka występujące przy realizacji ww. zamówienia i wdrożył rozwiązania zmierzające do zminimalizowania tych ryzyk. Wyjaśnienia w tym przedmiocie zostały zawarte na str. 7 Wyjaśnień (pkt 5). ZNTK MM nie szacował do oferty dodatkowych kosztów związanych z wystąpieniem pandemii COVID-19, co zdaje się sugerować Odwołujący, ponieważ zdarzenia tego rodzaju mają charakter siły wyższej i nie można ich racjonalnie przewidzieć. Ponadto wzór umowy określony przez Zamawiającego, jak i przepisy obowiązującego prawa dopuszczają możliwość zmiany umowy w razie wystąpienia okoliczności siły wyższej. W tej sytuacji nieracjonalne byłoby wliczanie niemożliwych do przewidzenia ewentualnych kosztów ryzyka związanych z wystąpieniem pandemii COVID-19 do ceny ofertowej. Ponadto w ofertach otrzymanych przez ZNTK MM nie ma w nich klauzul Tym bardziej Przystępujący nie widzi potrzeby wliczania do ceny ofertowej ryzyka związanego z nieterminowym wykonaniem zamówienia. Termin realizacji prac został wydłużony przez Zamawiającego wskutek zapytań wykonawców i jest zdaniem ZNTK MM niezagrożony. ZNTK MM rzetelnie opracowuje swoje harmonogramy prac i wykonuje swoje zamówienia terminowo, o czym świadczą chociażby referencje, stanowiące załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Nieterminowa realizacja umowy nr M-01-MEN-13/21 dla Kolei Mazowieckich - KM Sp. z o.o. w zakresie jednego z dwunastu pojazdów, przytoczona przez Odwołującego, spowodowana była pandemią wirusa SARS-CoV-2. Obecnie ZNTK MM finalizuje ustalenia z tym zamawiającym mające na celu zwolnienie ZNTK MM z odpowiedzialności z powodu zaistnienia okoliczności siły wyższej.

W przypadku w którym ZNTK MM stwierdził zagrożenie nieotrzymania wymaganych komponentów od dostawcy w terminie umożliwiającym realizację zamówienia, ZNTK MM podjął decyzję o wcześniejszym zamówieniu komponentów niezbędnych do realizacji zamówienia - ZNTK MM złożył już m.in. zamówienie u dostawcy na łożyska ślizgowe.

Podsumowując powyższą argumentację Przystępujący podkreśla, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do należytego zrealizowania zamówienia. Co więcej, cena ta nie odbiega również od cen oferowanych w innych podobnych zamówieniach na rynku polskim, co dodatkowo przemawia za uznaniem jej rynkowego charakteru. Zestawienie cen w wybranych postępowaniach przetargowych w latach 2019-2021 znajduje się poniżej. W zestawieniu uwzględniono te postępowania, w których możliwe było ustalenie ceny stałego zakresu naprawy P4, w celu uzyskania jak najlepszego materiału porównawczego.

(.)

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający oczekiwał podania ceny ofertowej jedynie w rozbiciu na cenę stałego zakresu naprawy P4 i cenę prac dodatkowych. Żadne bardziej szczegółowe kalkulacje nie były wymagane. W związku z tym ocenie pod kątem art. 224 PZP powinny podlegać co najwyżej cena stałego zakresu naprawy P4 i cena prac dodatkowych, a nie jakiekolwiek bardziej szczegółowe pozycje kosztowe. Miernikiem wartości usługi istotnym z punktu widzenia oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest kwota łącznego wynagrodzenia wykonawcy. Z tego względu Wykonawca składając Wyjaśnienia był uprawniony do wyliczenia i omówienia właśnie tych elementów kalkulacyjnych ze swojej oferty, o które wprost zapytał Zamawiający (które wzbudziły jego wątpliwości) - jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 471/11.

W tym samym wyroku KIO wskazała, że: „Niedopuszczalnym jest stosowanie wybiórczego porównywania wybranych pozycji ofert, w tym zakresie, w którym składowe ceny były niższe np. od pozycji jego oferty, aby cena wybranego wykonawcy została uznana za rażąco niską. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia", a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art. 90 ust. 1 pzp. oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp"

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, cena rażąco niska to taka, która nie

pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia lub cena, za którą niemożliwe jest należyte wykonanie zamówienia (KIO 2592/18). Przystępujący udowodnił już w treści Wyjaśnień, że taka sytuacja nie zachodzi w przedmiotowej sprawie.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Przystępujący nie zgadza się ze stwierdzeniem, że oświadczenie wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach ceny stanowi treść oferty. Wyjaśnienia te zostały złożone na okoliczność badania ceny oferty i tak powinny być odczytywane.

Przedmiotowy zarzut Odwołującego, podobnie jak pierwszy zarzut, formułowany jest w oparciu o domniemania i przypuszczenia i nie znajduje żadnego potwierdzenia w treści Wyjaśnień ZNTK MM. Zarzut odnosi się ponadto do informacji zastrzeżonych przez ZNTK MM jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z czym odniesie się do tego zarzutu jedynie w takim zakresie, w jakim nie narusza to zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzuca ZNTK MM nie tyle faktyczną niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, co zamiar wykonania zamówienia w sposób inny niż wskazany przez Zamawiającego. Odnosi się przy tym do treści Dokumentacji Systemu Utrzymania i do wymagań tam zawartych. Okolicznością oczywistą zarówno dla ZNTK MM, jak i dla każdego podmiotu świadczącego usługi utrzymania Pojazdów jest fakt, że naprawa poziomu P4 elektrycznego zespołu trakcyjnego musi być wykonana zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania (DSU). ZNTK MM nigdy nie zamierzał i nie zamierza wykonać tej naprawy niezgodnie z tą dokumentacją, ponieważ oznaczałoby to brak możliwości odbioru pojazdu po naprawie i byłoby całkowicie nieracjonalne.

Odwołujący wskazuje, że samodzielne wykonanie przez wykonawcę naprawy komponentów takich jak silniki trakcyjne, układ hamulcowy czy przekładnia jest niemożliwe w świetle wymagań Zamawiającego i jako potwierdzenie swojej tezy przytacza odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 10, w której Zamawiający wyjaśnił, że oczekuje wykonania naprawy silników zgodnie z DSU, tj. przez producenta lub przez autoryzowany serwis producenta. Odwołujący pomija jednak fakt, że w treści tej odpowiedzi Zamawiający odesłał do § 2 ust. 34 załącznika nr 2 do SWZ, wprowadzonego do wzoru umowy w odpowiedzi na pytanie nr 18. W tym postanowieniu umownym Zamawiający wskazał, że: „W celu potwierdzenia prawidłowości wykonania napraw podzespołów EZT przekazanych do naprawy 4 poziomu utrzymania Wykonawca w terminie 14 dni od podpisania Umowy przekaże Zamawiającemu listę podmiotów, do których będzie kierował poszczególne podzespoły do naprawy. W przypadku podzespołów, dla których w DSU lub DTR określono konieczność wykonania naprawy u producenta podzespołu, w przypadku korzystania przez Wykonawcę z autoryzowanych serwisów dla tych podzespołów, w ww. terminie Wykonawca przedstawi Zamawiającemu również dokumenty potwierdzające autoryzację tych serwisów przez producentów podzespołów".

Zdaniem Przystępującego oznacza to, że deklaracja wykonawcy i ocena zamawiającego dot. tej deklaracji w zakresie sposobu wykonania napraw podzespołów powinna nastąpić w terminie wskazanym w umowie, tj. 14 dni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający nie wymagał złożenia tych dokumentów wraz z ofertą, w związku z czym żaden wykonawca nie jest zobowiązany do ich przedłożenia na obecnym etapie postępowania.

Przystępujący nie zgadza się również z twierdzeniami Odwołującego w zakresie rzekomej konieczności wykonania wskazanych w odwołaniu prac u konkretnych podmiotów. Odwołujący w punkcie II.8 odwołania wskazał, że jego zdaniem DSU wymaga wykonania przeglądów następujących komponentów u ich producenta lub przez jego autoryzowany serwis: a) Układ hamulcowy Knorr, b) Przekładnie Voith, c) Układ klimatyzacji Konvekta.

ZNTK MM przeanalizował treść DSU oraz DTR i nie znajduje w nich wymagań nakazujących wykonanie napraw tych podzespołów u konkretnych podmiotów. Odwołujący również nie przywołał w treści odwołania konkretnych postanowień dokumentacji utrzymaniowej pojazdów. W związku z tym zarzuty Odwołującego są dla Przystępującego bezzasadne i całkowicie niezrozumiałe.

Tym samym twierdzenie o konieczności odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rzekomej niezgodności z warunkami zamówienia jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia, a niezgodność ta musi mieć charakter merytoryczny i nieodwracalny. „Niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana, wyinterpretowana lub wnioskowana z jej

postanowień. Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi wyraźnie wskazać na czym polega niezgodność treści oferty oraz z którymi zapisami, postanowieniami SIWZ oferta wykonawcy nie pozostaje w zgodzie. Podkreślenia wymaga, iż zapisy SIWZ muszą być jasne i klarowne, a jakiekolwiek wątpliwości interpretacyjne w zakresie rozumienia jej zapisów nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy" (KIO 3364/20). Taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Przystępujący podniósł, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 pzp Izba uwzględnia

odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Przystępującego ewentualne uwzględnienie ww. zarzutu nie wpłynie w żaden sposób na sytuację Odwołującego ani na wynik postępowania, skoro Odwołujący był zdolny do sformułowania zarzutów odwołania bez zapoznania się z wyjaśnieniami. Rozstrzygając pozostałe zarzuty Izba oceni już same wyjaśnienia oraz orzeknie w sprawie wyboru oferty Przystępującego.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podkreślił, że w sytuacji prawidłowego zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa i pozytywnego zweryfikowania tego zastrzeżenia przez Zamawiającego nie mogło dojść do ujawnienia tych wyjaśnień Odwołującemu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów}

<u>Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:</u>

W Sekcji V Specyfikacji warunków zamówienia z 16 kwietnia 2021 r. {dalej: „SWZ" lub „specyfikacja"} pn. Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 5.2. podano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2 do SWZ pn. Wzór Umowy {dalej: „Wzór

umowy" lub „Umowa"}.

Wzór umowy zawiera w szczególności następujące postanowienia:

- w § 1 [pn. Przedmiot umowy] ust. 1 - Przedmiotem niniejszej umowy jest wykonanie przez Wykonawcę usługi naprawy dziewięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 22WE (EN76) o numerach 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007 ,008, 009 (dalej: pojazd lub pojazdy) odpowiadającej 4 poziomowi utrzymania (dalej: naprawa) określonym w Dokumentacji Systemu Utrzymania nr DSU 22WE 0130-1 (dalej: DSU) wraz z wykonaniem prac dodatkowych. Strony zobowiązują się do współdziałania w realizacji niniejszej umowy.

- w § 2 [pn. Zakres i sposób realizacji przedmiotu umowy] ust. 2 - Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich czynności objętych przedmiotem umowy zgodnie z opisem Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z Załącznikami w postępowaniu KS/ZP/2/2021 oraz zgodnie z wymogami wynikającymi z: a. Obowiązującej Dokumentacji Systemu Utrzymania nr DSU 22WE 0130-1 (DSU), zatwierdzonej przez Koleje Śląskie, b. Dokumentacji Techniczno-Ruchowej, c. Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru, d. Instrukcji określającej ogólne zasady eksploatacji i utrzymania pojazdów kolejowych spółki K-1; e. Instrukcji określającej metody i sposoby wykonywania pomiarów geometrycznych zestawów kołowych K-3, f. Polskich i Europejskich Norm obowiązujących w trakcie trwania umowy, g. Dokumentacji Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem w Transporcie Kolejowym Przewoźnika Kolejowego Koleje Śląskie Sp. z o. o.; h. Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 3 stycznia 2013 r. w sprawie sposobu prowadzenia rejestru oraz sposobu oznakowania pojazdów kolejowych (tj. z dnia 11 kwietnia 2019 r.: Dz.U. z 2019 r. poz. 918 ze zm.), przy czym, dokumentacja, o której mowa w lit. a jest nadrzędna w stosunku do dokumentacji z lit. d i e.

Sekcja IV pn. Informacje ogólne SWZ zawiera m.in. następujące uregulowania:

(.)

4.13 Dokumentacja Systemu Utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego oraz instrukcja obsługi elektrycznego zespołu trakcyjnego zostanie udostępniona zainteresowanym Wykonawcom do wglądu (bez możliwości wykonania kopii) w siedzibie Zamawiającego pod adresem: Koleje Śląskie sp. z o. o., ul. Raciborska 58, 40-074 Katowice.

4.14 Dokumenty, w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia, w tym w szczególności: Dokumentacja Systemu Utrzymania (DSU), Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru (WTWiO) oraz instrukcja obsługi elektrycznego zespołu trakcyjnego, zostaną przekazane Wykonawcy po podpisaniu umowy o zamówienie publiczne.

(.)

4.16 Składając ofertę przetargową Wykonawca akceptuje w całości i bez zastrzeżeń warunki realizacji zamówienia określone w SWZ wraz ze wszystkimi załącznikami stanowiącymi jej

integralną część. [pogrubioną czcionką]

(.)

Niesporne było, że w Dokumentacji Systemu Utrzymania nr DSU 22WE 0130-1 {dalej

zwanej w skrócie „DSU”} - opracowanej w kwietniu 2011 r. przez PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, producenta elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 22WE (EN 76) {dalej: „EZT” lub „pojazd kolejowy”}, dla Kolei Śląskich sp. z o.o. z siedzibą

w Katowicach jako użytkownika tych EZT, których 9 szt. (o nr 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009) jest objęta tym zamówieniem - dla czwartego poziomu utrzymania {inaczej nazywanego w skrócie „P4”}, w szczególności następująco określono czynności i wymagania:

- w pkt 4.8. Wózki, lp. 19. zd. 2. - [czynności] Wszystkie elementy gumowe i metalowo-gumowe wymienić na nowe. [nie określono dodatkowych wymagań]

- w pkt 8.9. Silnik trakcyjny TMF 59-39-4, lp. 5. - [czynności] Zdemontować i przekazać do producenta w celu wykonania naprawy głównej. [wymagania] Naprawę główną powinien przeprowadzać specjalistyczny personel. Silnik należy zdemontować z pojazdu. Naprawę należy wykonywać po oczyszczeniu zewnętrznych powierzchni. Części zużyte lub uszkodzone należy naprawić lub wymienić na nowe.

- w pkt 8.10. Przekładania osiowa SZH 595, lp. 6. [czynności] Zdemontować i przekazać do producenta w celu wykonania naprawy głównej. [wymagania] Naprawę główną powinien przeprowadzać specjalistyczny personel. Przekładnie należy zdemontować z pojazdu. Naprawę należy wykonywać po oczyszczeniu zewnętrznych powierzchni przekładni i zdemontowaniu kół. Części zużyte lub uszkodzone należy naprawić lub wymienić na nowe. Łożyska toczne, elementy gumowe i zawieszenie powinny zostać wymienione na nowe.

Niesporne również było, że producentem przekładni osiowej SZH 595 jest Voith Gmbh z siedzibą Heidenheiman der Brenz w Niemczech, działający w Polsce za pośrednictwem Voith Turbo sp. z.o.o. z siedzibą w Majkowie Dużym, {dalej w skrócie: „Voith"}, a producentem silnika trakcyjnego TMF 59-39-4 jest Traktionssysteme Austria Gmbh z siedzibą w Wiener Neudorf w Austrii {dalej w skrócie: „TSA"}, przy czym nie ma powiązanej z nim polskiej spółki.

7 lipca 2021 r. Zamawiający udostępnił m.in. następujące wyjaśnienia treści SWZ

(.)

Pytanie 10

DSU - 8.9 silniki trakcyjne TMF 59-39-4, punkt 5 - zwracamy się z wnioskiem o potwierdzenie, że naprawę silników TMF, zabudowanych na pojazdach 22WE przekazywanych do naprawy P4 może przeprowadzić podmiot realizujący Umowę, który posiada zgodnie z DSU specjalistyczny personel oraz doświadczenie w naprawach tego typu silników.

Ad. 10.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z zapisami DSU naprawę silników trakcyjnych, zabudowanych na pojazdach 22WE przekazywanych do naprawy P4 winien wykonać producent. Zamawiający dopuszcza również wykonanie naprawy silników w autoryzowanym serwisie producenta, przy czym Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dokument potwierdzający autoryzację danego serwisu przez producenta podzespołu. W tym przypadku obowiązuje zapis wprowadzony w Ad. 18.

(...)

Pytanie 18

§ 2 ust. 2 Umowy

Czy w przypadku, gdy postanowienia DSU, DTR determinują konieczność wysłania danego komponentu do naprawy do producenta lub autoryzowanego serwisu Zamawiający zamierza, a jeśli tak to w jaki sposób skontrolować kompetencje oraz uprawnienia formalne autoryzowanego serwisu?

Ad. 18.

Zamawiający wskazuje, iż wykonanie czynności naprawy wskazanych w DSU, DTR dla danego podzespołu, gdzie zapisy tychże dokumentów determinują wykonanie czynności u producenta podzespołu winny być wykonane u tego producenta. Zamawiający wskazuje również, iż dopuszcza wykonanie takich czynności w serwisie posiadającym autoryzacje danego producenta podzespołu, przy czym Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dokument potwierdzający autoryzację danego serwisu przez producenta podzespołu. Zamawiający wprowadza ust. 34 w §2 Załącznika nr 2 do SWZ stanowiącym wzór umowy w brzmieniu:

„34. W celu potwierdzenie prawidłowości wykonania napraw podzespołów EZT przekazanych do naprawy 4 poziomu utrzymania Wykonawca w terminie 14 dni od podpisania Umowy przekaże Zamawiającemu listę podmiotów, do których będzie kierował poszczególne podzespoły do naprawy. W zakresie podzespołów, dla których w DSU lub DTR określono konieczność wykonania naprawy u producenta podzespołu, w przypadku korzystania przez Wykonawcę z autoryzowanych serwisów dla tych podzespołów, w ww. terminie Wykonawca przedstawi Zamawiającemu również dokumenty potwierdzające autoryzację tych serwisów przez producentów podzespołów."

(...)

Przy czym z dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego wynika, że pytanie nr 10 zostało zadane przez ZNTK.

Pismem z 20 lipca 2021 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 224 ust. 1 pzp do ZNTK, wskazując w szczególności, że cena jego oferty, w tym jej istotne części wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W związku z tym Zamawiający wezwał ZNTK do wyjaśnienia, czy jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy będących załącznikiem nr 2 do SWZ, oraz czy cena oferty obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

W szczególności Zamawiający wezwał do odpowiedzi m.in. na następująco sformułowane pytania:

- pyt. nr 8 - Czy i jakie prace Wykonawca uwzględnił w kosztach, które zostaną wykonane w kooperacji z podmiotami zewnętrznymi (np. przedstawienie ofert otrzymanych przez Wykonawcę)?

- pyt. nr 9 - Jakie podzespoły z zakresu wymiany na nowe Wykonawca uwzględnił w kalkulacji (np. przedstawienie ofert otrzymanych przez Wykonawcę oraz o informację czy dany podzespół zgodnie z dokumentacją DSU lub DTR podzespołów jest oryginalny)?

- pyt. nr 10 - Jakie podzespoły z zakresu naprawy w serwisie producenta lub w autoryzowanym serwisie producenta Wykonawca uwzględnił w kalkulacji (przedstawienie np. ofert otrzymanych przez Wykonawcę)?

ZNTK udzielił na powyższe pytania następujących odpowiedzi [z uwagi na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa pominięto nazwy producentów nowych podzespołów lub nazwy producentów podzespołów lub ich autoryzowanych serwisów, z wyjątkiem zakresu uznanego za istotny dla rozpoznania zarzutów odwołania, a nie naruszającego tej tajemnicy, również z uwagi na informacje podane przez Przystępującego do protokołu podczas jawnej rozprawy]:

Punkt 7 - zbiór ofert, które będą realizowane w ramach tzw. „kooperacji" został wskazany w ramach przedstawienia kalkulacji szczegółowej i stanowi on załącznik nr 6
Punkt 8 - zbiór ofert w zakresie podzespołów nowych, które zostały uwzględnione w kalkulacji: (.) - opończa zewnętrzna; (.) - suszarka do rąk; (.) - elementy do okien w kabinie maszynisty; Fotel maszynisty - (.), (.) - system zliczania pasażerów; (.) - ładowarki USB.

Punkt 9 - zbiór ofert w zakresie napraw podzespołów u ich Producenta lub w autoryzowanym serwisie - Knorr - naprawa hamulca; (.) - przegląd SIP, Voith - przekładanie. Pragniemy również zaznaczyć, że pracownicy ZNTK zostali przeszkoleni przez firmę Taktionssysteme Austria GmbH w zakresie obsługi silników TMF (przegląd zostanie wykonany we własnym zakresie), co zostało poświadczone stosowanymi certyfikatami, które załączamy do niniejszych wyjaśnień - załącznik nr 7

Przy czym według opisu listy załączników na końcu pisma ZNTK z 27 lipca 2021 r. to załącznik nr 5, opisany w następujący sposób [ponownie zanonimizowano w zakresie jw. oraz co do nr ofert], obejmuje oferty podmiotów trzecich - oferta przeglądu (.), zespołu sprężarek, zespołu hamulca KNORR-BREMSE numer (.); oferta na dostawę opończy (.) numer (.); oferta na dostawę ładowarek USB (.) numer (.); oferta na dostawę łożysk (.) numer (.); oferta na dostawę systemu zliczania pasażerów ENTE numer (.); oferta na przegląd SIP oraz monitoringu ENTE (.); oferta Voith na naprawę przekładni numer (.); oferta na naprawę sprzęgów (.) numer (.); oferta na dostawę fotela maszynisty (.) numer (.); oferta na dostawę suszarki do WC (.) numer (.); oferta na zmianę oprogramowania pojazdu (.) numer (.); oferta na przegląd napędu (.) z dn. (.); oferta na dopuszczenie pojazdu do eksploatacji (.) numer (.); oferta na dostawę elementów do kabiny maszynisty (.) numer (.); oferta na regulację nacisków na prasie nencki wózka pojazdu szynowego (.) numer (.). Innych ofert niż powyżej wymienione nie załączono.

Jako załącznik nr 7 załączono 5 dokumentów w jęz. angielskim bez tłumaczenia.

Z tłumaczenia tych dokumentów złożonego na rozprawie przez Przystępującego wynika, że są to „Certyfikaty ze szkolenia" potwierdzające łącznie, że pięć osób (wymienionych w nich z imienia i nazwiska) z powodzeniem uczestniczyło 11-15 kwietnia 2016 r. w zorganizowanym przez Traktionssysteme Austria szkoleniu dotyczącym silników trakcyjnych typów TMF 50-29-4, TMF 59-39-4 i TMF-52-45-6, które obejmowało następujące zagadnienia: zasadę działania silnika, czyszczenie silnika oraz jego podzespołów, demontażu oraz montażu silnika, prac konserwacyjnych, wymiany łożyska, wyważenia wirnika, odnowienia powłoki malarskiej i badania silnika po naprawie.

Przy czym z również złożonej na rozprawie przez Przystępującego oferty dotyczącej powyższego szkolenia wynika, że o ile całość szkolenia przewidziano na 5 dni, o tyle tylko 3 dni dotyczyły silnika dwóch pierwszych z wymienionych powyżej silników, które zostały w tej

ofercie określone jako do siebie podobne.

Niesporne również było, że ZNTK nie jest autoryzowanym serwisem austriackiego producenta TSA.

Jak wynika z korespondencji mailowej przeprowadzonej z osobą zajmującą w TSA stanowisko dyrektora ds. obsługi posprzedażowej / sprzedaży i konserwacji, wsparcia technicznego, części zamiennych i napraw, ujawnioną w rejestrze tej spółki, nie tylko ZNTK, ale żaden podmiot w Polsce nie został przez TSA autoryzowany do przeprowadzania jakichkolwiek czynności serwisowych silników tego producenta.

Złożone przez ZNTK wyjaśnienia, oprócz powyżej opisanej treści i dowodów (oraz abstrahując od generalnych wywodów o przewagach wynikających z dużego doświadczenia w zakresie napraw okresowych na każdym poziomie, prowadzenia działalności na dużą skalę, odpowiedniego wyposażenia zakładu oraz posiadania licznego wykfalifikowanego personelu) zawierają ponadto:

- jako załącznik nr 3 - tabelaryczną kalkulację kosztów wykonania usługi objętej przedmiotem zamówienia w podziale rzeczowym na zakres podstawowy (poz. 1.) i prace dodatkowe (poz. 2.-13.), z wyszczególnieniem dla każdej z tych pozycji liczby roboczogodzin {„rbh”}, kosztów płac, kosztu materiałów netto, kosztów zakupu, kosztów obróbki obcej, kosztów transportu oraz pozostałych kosztów (w tym finansowych, związanych z odbiorami i dopuszczeniem oraz udzieleniem 48-miesięcznej gwarancji) oraz kosztów stałych przedsiębiorstwa w podziale na ogólnozakładowe i wydziałowe, wyliczone wpierw dla jednego pojazdu, a finalnie zsumowane do kwoty odpowiadającej cenie oferty;

- jako załącznik nr 4 - wyliczenie wskaźnika narzutu kosztów wydziałowych i ogólnozakładowych oraz kosztów zakupu;

- jako załącznik nr 6 - wyliczenie dotyczące stawki płac w zakresie pracowników akordowych wraz z pięcioma przykładowymi umowami o pracę.

Reasumując, Izba ustaliła, co następuje.

Po pierwsze, zgodnie warunkami tego zamówienia naprawa EZT ma być wykonana według DSU, która m.in. w odniesieniu do silników trakcyjnych wymaga wykonania naprawy głównej przez ich producenta, w tym przypadku TSA, lub jego autoryzowanego serwisu.

Po drugie, wniosek ZNTK o zmianę tego wymagania, polegającą na dopuszczeniu, aby naprawa silników trakcyjnych mogła zostać przeprowadzona we własnym zakresie przez wykonawcę zamówienia, nie został uwzględniony przez Zamawiającego, który wręcz dodatkowo zastrzegł sobie prawo weryfikacji, czy naprawa tych podzespołów zostanie przeprowadzona w autoryzowanym przez ich producenta serwisie.

Po trzecie, z udzielonej przez ZNTK odpowiedzi na pytanie Zamawiającego jednoznacznie wynika, że treść jego oferty obejmuje naprawę we własnym zakresie silników trakcyjnych zamontowanych w EZT objętych zakresem tego zamówienia, czyli że nie będą one po wymontowaniu przekazane do naprawy do TSA lub serwisu autoryzowanego

przez tego producenta.

Po czwarte, zgodnie warunkami tego zamówienia naprawa EZT ma być wykonana według DSU, która przewiduje również wymianę na nowe wszystkich elementów gumowych i gumowo-metalowych wózków.

Po piąte, w odpowiedzi na inne pytanie Zamawiającego, zmierzające do ustalenia zakresu podzespołów, których wymianę na nowe obejmuje złożona oferta, oraz sugerujące przedstawienie w tym zakresie ofert poddostawców, ZNTK wymienił szereg podzespołów, wśród których nie ma części gumowo-metalowych ani gumowych wózków.

Po szóste, ponieważ ujęcie kosztów materiałów w kalkulacji ma charakter zbiorczy, nie potwierdza, że koszty wymiany na nowe części gumowo-metalowych ani gumowych wózków zostały uwzględnione przy kalkulacji ceny oferty.

Po siódme, w pozostałym zakresie podnoszonym w odwołaniu wyjaśnienia, w tym przedstawiona kalkulacja, i załączone dowody wskazują na uwzględnienie wykonania

zamówienia w sposób zgodny z warunkami tego zamówienia, w tym z uwzględnieniem kosztów wynikających z konieczności naprawy niektórych podzespołów w kooperacji z innymi podmiotami, kosztów udzielenia 48-miesięcznej gwarancji itd.

Po ósme, nie zostało wykazane przez Odwołującego, że z warunków tego zamówienia, w szczególności z DSU wynika, że inne podzespoły niż silnik trakcyjny i przekładania podlegają naprawie przez producenta danego podzespołu lub jego autoryzowany serwis.

Wobec tego w tym zakresie nic nie wniosły do sprawy inne, niż powyżej omówione, zgłoszone przez Odwołującego dowody z ofert czy pism producentów podzespołów czy części, które należało potraktować jedynie jako potwierdzenie warunków wynegocjowanych przez PTS, a nie odzwierciedlenie minimalnego poziomu kosztów, jakie trzeba ponieść w związku z zakupem usług lub materiałów u tych przedsiębiorców, względnie jako opinię producentów podzespołów co do celowości ich naprawy w autoryzowanym serwisie.

Z kolei nic istotnego do sprawy nie wniosły następujące zgłoszone przez Przystępującego wnioski dowodowe.

Po pierwsze - 3-stronicowy wyciąg z DSU, z powołaniem się na definicję „Naprawiającego" (str. 22) oraz „Wykaz stanowisk, maszyn urządzeń i narzędzi specjalistycznych" (str. 103-104), potwierdza jedynie, że ZNTK dysponuje taką dokumentacją. Natomiast nie sposób, aby ogólna definicja uchylała dalej zamieszczone szczegółowe wskazanie, że po zdemontowaniu silnika czy przekładni głównej należy je przekazać do ich producenta w celu wykonania naprawy głównej, którą z kolei powinien przeprowadzić specjalistyczny personel. Z kolei na 43 poz. wykazu żadna nie wymienia bezpośrednio silnika, a poz. 38. dotyczy testera zespołu napędowego.

Po drugie - wyciąg z „Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Nr 22WE 0159-1" a zarazem „Instrukcji obsługi" dla elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 22WE w zakresie strony tytułowej i stron zawierających spis treści pozwala jedynie ustalić, że dokument został wydany 15 października 2010 r., następnie były dwie zmiany, z czego ostatnia miała miejsce 21 kwietnia 2011 r.

Po trzecie - nie sposób stwierdzić, że wskazany na rozprawie przez Przystępującego ostatni z numerowanych załączników pn. „Instrukcja obsługi technicznej i napraw ezt 22WE", obejmuje m.in. również podręcznik eksploatacji silnika trakcyjnego TMF 59-39-4, zwłaszcza że ten ostatni datowany jest na wrzesień 2012 r.

Po czwarte - zamieszczona na wstępie tego ostatniego dokumentu instrukcja bezpieczeństwa ma charakter ogólny i - jak to stwierdzono na jej wstępie - ...zawiera ważne przestrogi i informacje dotyczące bezpieczeństwa, które powinny być przestrzegane przez użytkownika. A dalej wskazuje, że silniki mogą być transportowane, podłączane, poddawane odbiorowi technicznemu, konserwowane i eksploatowane jedynie przez wyspecjalizowany personel, rozumiejący odnośne przepisy bezpieczeństwa i instrukcje montażu. Wszelkie prace powinny być nadzorowane przez odpowiedzialny, wyspecjalizowany personel. Przy czym dookreślono, że specjalistyczny personel stanowią osoby posiadające wyszkolenie i doświadczenie w zakresie: mających w danym przypadku zastosowanie norm, postanowień i przepisów w zakresie zapobiegania wypadkom, funkcji i warunków eksploatacyjnych maszyn elektrycznych, rozpoznawania zagrożeń i ich unikania.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzuty odwołania częściowo są zasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 pzp, który stanowi, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Przy czym według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zamówienia opisywane lub określane są w dokumentach zamówienia, przy czym z definicji zawartej w art. 7 pkt 3 pzp wynika, że w szczególności jest nim specyfikacja warunków zamówienia.

Powyższy przepis jest odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z 2004 r. , który stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie budzi wątpliwości, że na podstawie - zarówno obecnie obowiązującego, jak i poprzednio - przepisu odrzuceniu podlega oferta, której treść - rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) - nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia.

Stąd zamawiający ma obowiązek zweryfikować zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. W razie potrzeby może w tym celu wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty.

Oczywiste jest przy tym, że w sytuacji, gdy ze szczegółowej treści oferty czy wyjaśnień wynika niespełnianie w konkretnym zakresie wymagań opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy, bez znaczenia są ogólne oświadczenia czy zapewnienia wykonawcy o wykonaniu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji przez zamawiającego.

Powyżej za odwołaniem przywołano już wypowiedzi Izby odnośnie znaczenia wyjaśnień dotyczących oferty składanych przez wykonawcę, nie wyłączając wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w kontekście możliwości stwierdzenia zaistnienia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Niezależnie od tego, jak trafnie to ujęła Izba w uzasadnieniu wyroku z 15 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 522/19, nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że informacje uzyskanie od wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie mogą służyć ocenie zgodności oferty ze specyfikacją. Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia. Skoro wykonawca składa wyjaśnienia dotyczące wyceny materiałów, za oczywiste uznać należy, że wycena materiałów niezgodnych z specyfikacją techniczną zawartą w SIWZ powoduje jednocześnie niezgodność oferty z SIWZ, o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Należy również w pełni podzielić stanowisko wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 12 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 418/20, KIO 419/20, KIO 420/20, że wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie zamawiającego, wystosowane w toku badania oferty, wiążą wykonawcę na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie jak treść złożonej oferty. Dlatego też stwierdzone w toku badania wyjaśnień sprzeczności mogą stanowić podstawę do uznania, że oferta złożona w postępowaniu podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Skoro w ustalonych powyżej okolicznościach sprawy spośród antycypowanych w odwołaniu merytorycznych niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią warunków tego zamówienia co do sposobu jego wykonania zaistniała choć jedna, w tym zakresie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp należy uznać za zasadny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, 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 oko liczności, 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. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1,

co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według normy zawartej w art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena". Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen

obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”),

powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Skoro de lege lata według przywołanych powyżej przepisów przyczynkiem do badania przez zamawiającego oferty może być istotna część składowa jej ceny, również podstawą faktyczną odrzucenia oferty może być stwierdzenie, że ta istotna część składowa ceny oferty jest rażąco niska, co przekłada się na uznanie, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W drugiej kolejności celowe jest rozważenie ciężaru dowodu w przypadku stawiania przez Odwołującego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy zostały złożone Zamawiającemu przez Przystępującego wyjaśnienia, w kontekście granic kognicji Izby, a więc ustalenie, co wynika dla tej sprawy z relacji przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 i art. 537 pkt 1 i 2 ustawy pzp {poprzednio art. 190 ust. 1 i 1a ustawy pzp z 2004 r.} do przepisu art. 555 ustawy pzp {poprzednio art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.}.

Według art. 534 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże z art. 537 pzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2).

Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja, wprowadzająca szczególny rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z art. 534 ust. 1 w zw. z art.

535 pzp, a przede wszystkim z uwzględnieniem art. 555 pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W szczególności okoliczności faktyczne mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut

podlegający rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r.) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd wprowadzony w art. 537 pkt 1 i 2 pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny nie zmienia reguły, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Zatem odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Przy czym nie może sprowadzać się to do stawiania generalnych tez, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie da się za nią wykonać zamówienia bez ponoszenia strat, czy też, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący, który zmuszony był stawiać zarzuty w ciemno, w powyżej ustalonym zakresie trafnie zidentyfikował, że Zamawiający nie miał podstaw do zaakceptowania złożonych mu przez Przystępującego wyjaśnień jako w pełni potwierdzających, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów}

Skoro PTS w ramach przewidzianego w SWZ sposobu przekazywania informacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, czyli za pośrednictwem platformy zakupowej, nie skorzystał z możliwości zapoznania się z odpowiedzią Zamawiającego na swój wniosek

o udostępnienie dokumentów dotyczących oferty ZNTK, za oczywiście bezpodstawny

należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

W pozostałym zakresie Izba orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującego (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono - w pkt 3. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) - obciążając nimi Odwołującego i Zamawiającego po połowie. Izba uznała, że biorąc pod uwagę rodzaj i wagę zakresu zarzutów, który potwierdził się, dla rozstrzygnięcia odwołania, należy uznać, że każda ze stron w równym stopniu wygrała i zarazem przegrała sprawę.