Sygn. akt KIO 386/23

WYROK

z dnia 27 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Anna Osiecka-Baran
Członkowie:	Katarzyna Odrzywolska Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawcę SKB Drive-Tech Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Peter Renz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę SKB Drive-Tech Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKB Drive-Tech Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy SKB Drive-Tech Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego - Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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.

Przewodniczący: …….

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

Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Wykonanie napraw głównych przekładni napędowych typu GGT 292 EOY/589R i GGT 292 EOY/589L w tramwajach typu 128N i 134N. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2022 r. pod numerem 2022/S 200-570321.

W dniu 13 lutego 2023 r. wykonawca SKB Drive-Tech Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. — o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233., dalej „UZNK”) w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK w zw. z art. 15c UZNK w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP przez przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnił zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z uwagi na czyny nieuczciwej konkurencji polegające na wyeliminowaniu, ograniczeniu lub naruszeniu w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów oraz na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty jednego z wykonawców zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP przez błędne przyjęcie, że

wyjaśnienia złożone przez jednego z wykonawców uzasadniają podaną w ofercie cenę istotnych części składowych, wobec czego nie zachodzą wątpliwości co do rażącego zaniżenia cen lub kosztów oraz co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, podczas gdy wyjaśnienia wykonawcy, którego oferta została przyjęta, nie zawierają analizy kluczowych aspektów kosztotwórczych związanych z realizacją Zamówienia oraz opierają się one wyłącznie na ogólnych deklaracjach i oświadczeniach;

3) art. 224 ust. 2 i 5, PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 PZP przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tegoż wykonawcy, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w ww. postępowaniu, względnie który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

4) art. 17 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2, 7 i 8 PZP przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający najlepszej jakości dostaw lub usług uzasadnionym charakterem zamówienia oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia, a tym samym naruszenie zasady legalizmu, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, jako że w ich wyniku dokonano wyboru oferty wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty wykonawcy Peter Renz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu, dalej „Peter Renz"; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie powyższych żądań.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Peter Renz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu, dalej również „Przystępujący".

Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji

warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 lutego 2023 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z zobowiązania Przystępującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazywanej usługi, przykładowo poprzez przedłożenie stosownych faktur. Skład orzekający nie dopuścił i nie przeprowadził również wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z przesłuchania w charakterze świadków członków zarządu spółki GGT Gmeinder GetriebeTechnik GmbH, dalej „GGT".

Izba uznała, że ww. wnioski dowodowe zostały powołane jedynie dla zwłoki i nie są niezbędne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Izba wskazuje również, iż w przypadku domagania się przekazania przez Przystępującego dowodów w postaci faktur należy zauważyć, że w sytuacji, kiedy Przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, dane dotyczące cen, a Odwołujący nie sformułował w treści odwołania zarzutów, domagając się odtajnienia tych dokumentów - niniejsze żądanie należy uznać za nieuzasadnione.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie napraw głównych przekładni napędowych typu GGT 292 EOY/589R i GGT 292 EOY/589L w tramwajach typu 128N i 134N.

Zgodnie z pkt 3.3 Rozdziału I specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", przedmiot zamówienia, w tym zakres podstawowy oraz zakres w ramach prawa opcji, określono szczegółowo w rozdziale II SWZ.

Stosownie do pkt 5.1.2 Rozdziału I SWZ O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. w okresie ostatnich 5 lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali należycie naprawy co najmniej 36 przekładni napędowych, zamontowanych w wózkach tramwajów

niskopodłogowych, tj. takich, które spełniają warunek nieprzekraczania w strefach nad tymi wózkami wysokości podłogi wynoszącej 480 mm liczonej od poziomu główki szyny.

Dalej, jak stanowi SWZ: Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym

terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 124 ustawy Pzp, tj. w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz, o którym mowa powyżej, dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie przewidział w dokumentach zamówienia przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Następnie, Izba ustaliła, że jak stanowi pkt 15.2 Rozdziału I SWZ cenę oferty należy wyliczyć następująco:

> 15.2.1. w tabeli 1 należy:15.2.1.1. określić cenę jednostkową netto w PLN oraz stawkę podatku VAT (w %) zgodną z obowiązującymi przepisami za wykonanie naprawy głównej 1 sztuki przekładni, 15.2.1.2. wyliczyć łączną cenę netto w PLN jako iloczyn ceny jednostkowej netto w PLN i liczby sztuk oraz wyliczyć łączną cenę brutto w PLN;
>
> 15.2.2. w tabeli 2 należy: 15.2.2.1. dla każdej pozycji w tabeli określić cenę jednostkową netto w PLN oraz stawkę podatku VAT (w %) zgodną z obowiązującymi przepisami, 15.2.2.2. dla każdej pozycji w tabeli wyliczyć cenę netto w PLN jako iloczyn ceny jednostkowej netto w PLN i szacowanej liczby sztuk oraz wyliczyć cenę brutto w PLN, 15.2.2.3. wyliczyć łączną cenę netto w PLN, sumując ceny netto w PLN wszystkich pozycji tabeli oraz wyliczyć łączną cenę brutto w PLN; 15.2.3. nad tabelami należy podać cenę oferty netto i brutto w PLN jako sumę łącznych cen netto i brutto z tabel 1 i 2.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 18 maja 2022 r., a następnie zaktualizował tę wartość w dniu 30 września 2022 r. na kwotę 14 164 522,08 zł. Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 17 422 362,16 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, które złożyli:

> 1) JS Fabryka Przekładni sp. z o.o. sp. k. z ceną całkowitą brutto 15 483 680,34 zł oraz ceną jednostkową za naprawę 1 przekładni w zakresie podstawowym 32 500,00 zł netto.
>
> 2) Odwołujący z ceną całkowitą brutto 14 456 590,98 zł oraz ceną jednostkową za naprawę 1 przekładni w zakresie podstawowym 29 390,00 zł netto.
>
> 3) Przystępujący z ceną całkowitą brutto 9 531 520,28 zł oraz ceną jednostkową za naprawę 1 przekładni w zakresie podstawowym 14 762,03 zł netto.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert wyniosła 13 157 263,87 zł brutto. Natomiast cena całkowita brutto oferty Przystępującego stanowi 54,71% wartości szacunkowej zamówienia oraz 72,44% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

W wyniku wezwania Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający otrzymał Wykaz usług, w którym wskazano wykonanie napraw przekładni ZF HSH L 8-175 (pozycja nr 1 Wykazu usług) i FLENDER ASZA 389 (pozycja nr 2 Wykazu usług) na rzecz GGT oraz referencje (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) wystawione przez ten podmiot, w których znajduje się oświadczenie, że Przystępujący naprawił napędy (przekładnie) zestawów kołowych tramwajów niskopodłogowych firm Flender, ZF i Voith. Referencje zawierały również oświadczenie, że przekładnie są zabudowane w wózkach napędowych tramwajów niskopodłogowych, to znaczy zachowana jest wysokość podłogi do 480 mm nad poziom główki szyny oraz tabelę z wyszczególnionymi: typami przekładni, ich liczbą oraz klientem, dla którego były realizowane naprawy, gdzie prócz tych z Wykazu usług wskazano również przekładnie (80) zrealizowane dla Zakładów Miejskich Augsburg.

Zamawiający w dniu 9 grudnia 2022 r. wezwał Peter Renz do udzielenia wyjaśnień, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, wskazując, że cena istotnej części składowej oferty, tj. cena jednostkowa za wykonanie naprawy głównej przekładni w zakresie podstawowym, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, a dodatkowo cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W dniu 15 grudnia 2022 r. Peter Renz przekazał Zamawiającemu odpowiedź w sprawie wyliczenia ceny oferty.

Następnie, Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2022 r. wezwał Peter Renz, na podstawie art. 224 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy zaoferowana cena istotnej części składowej oferty, tj. cena jednostkowa za wykonanie naprawy głównej przekładni w zakresie podstawowym, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, do doprecyzowania złożonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności przez wyszczególnienie kosztów: 1) robocizny, 2) materiałów, 3) transportu.

W dniu 10 stycznia 2023 r. Peter Renz przekazał Zamawiającemu odpowiedź w sprawie wyliczenia ceny oferty, podając koszt robocizny, materiałów oraz transportu, przekazując 6 załączników, których treść oraz samo pismo zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2023 r. poinformował Przystępującego, że będąc zobowiązanym do analizy skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji, zbadał, czy zastrzeżone informacje znajdujące się w ww. dokumentach istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uznał za bezskuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w plikach 2022.11.17 Referenzschreiben.pdf (oznaczone w ofercie jako Referencje w oryginale) oraz Tłumaczenie referencji.pdf (oznaczone w ofercie jako Referencje tłumaczone).

Zamawiający uznał również za bezskuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w dodatkowych wyjaśnieniach złożonych w dniu 10 stycznia 2023 r. w zakresie wyliczenia ceny oferty, z wyjątkiem cen poszczególnych pozycji wskazanych odpowiednio w kolumnach „Preis je Stück / price per piece" o numerach 1, 3, 5, 10, 20 lub „Cena za sztukę / price per piece" o numerach 1, 3, 5, 10, 20 załączników nr 1-4 do wyjaśnień oraz dokumentu potwierdzającego uzyskany rabat, stanowiącego załączniki nr 5 i 6 do wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 3 lutego 2023 r. poinformował o wyborze oferty Peter Renz jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że Peter Renz przy udziale GGT Gmeinder GetriebeTechnik GmbH dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wyeliminowaniu, ograniczeniu lub naruszeniu w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, w szczególności na ustalaniu bezpośrednio lub pośrednio cen i innych warunków zakupu towarów oraz na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych wykonawców. Konsekwencją powyższego działania wykonawcy, tj. Peter Renz powinno być odrzucenie jego oferty, z uwagi na zawieranie przez nią rażąco niskiej ceny i kosztów w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdzał także, że Peter Renz ma przewagę nad pozostałymi oferentami, ponieważ posiada ułatwiony dostęp do oryginalnych części zamówienia. Dlatego też Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Peter Renz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z 15c UZNK.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 tejże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jak stanowi art. 15c ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), a także art. 101 i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Aby wykazać zasadność tego zarzutu odwołujący powinien udowodnić, że działanie przystępującego polegające na zaniżaniu cen jest działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym. Po drugie, powinien wykazać, że działanie to zostało podjęte z góry powziętym zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Wreszcie, powinien także wykazać wpływ ewentualnego zaniżenia ceny w tym postępowaniu na sytuację na rynku właściwym. Żadnej z tych okoliczności Odwołujący nawet nie spróbował udowodnić. Odwołujący nie wykazał również, aby istniało porozumienie między przedsiębiorcami, które doprowadziło do zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 9 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17, Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem należy tłumaczyć użyte sformułowanie "utrudnianie") oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada

działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww.

znamiona. W ocenie Izby, Odwołujący stawiając zarzut sprzedaży towarów poniżej kosztów ich wytworzenia w żaden sposób nie udowodnił ustawowych przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie, tj. nie udowodnił, że cena oferty jest poniżej kosztów własnych, a złożenie oferty stanowi zakazaną praktykę utrudniania, mającą na celu eliminację innych przedsiębiorców. Izba w wyroku z dnia 29 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1616/19 wskazała, iż „(...) nie wykazano zamiaru wpływu na pozycję rynkową innych wykonawców przez zaoferowanie ceny dumpingowej. Teza o zastosowaniu manipulacji cenowej podjętej w celu eliminacji z rynku lokalnego konkurentów nie została również udowodniona. Jak wynika z oceny wskazanej na wstępie, samo zaniżenie ceny oferty, jak i niedoszacowanie kosztów poszczególnych części składowych zamówienia nie jest wystarczające do uznania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego w sprawie odwołujący nie wykazał, by zamiarem wykonawcy oferującego cenę było doprowadzenie w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego do skutku mającego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższe musi prowadzić do wniosku, iż sama okoliczność, że Peter Renz jest jedynym autoryzowanym serwisem GGT Gmeinder GetriebeTechnik GmbH nie może stanowić podstawy do uznania, iż złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym bardziej nie ma możliwości, aby stwierdzić, że oferta została złożona w celu wyeliminowania konkurencji, albowiem w ocenie Izby, stanowi jedynie o fakcie utrzymywania stałej współpracy z GGT i uzyskania rabatu na przedmiotowe zamówienie, co ma znaczenie dla skalkulowania ceny jednostkowej, a w konsekwencji ceny całkowitej oferty Przystępującego.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK w zw. z art. 15c UZNK w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Odnosząc się do zarzutu, że złożone przez Peter Renz wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny istotnych części składowych, wobec czego zachodzą wątpliwości co do rażącego zaniżenia cen lub kosztów oraz co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, a ponadto wyjaśnienia Peter Renz nie zawierały analizy kluczowych aspektów kosztorysowych związanych z realizacją zamówienia i opierały się jedynie na ogólnych deklaracjach i oświadczeniach, należy wskazać, co następuje.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są

wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp 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), na podstawie wskazanych dowodów, 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.

Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16, podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie rozpoznaje jedynie w granicach podniesionych zarzutów. Tymczasem Odwołujący w niniejszym stanie faktycznym wskazuje jedynie, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są nieprecyzyjne i nienależycie uzasadnione. Natomiast w ogóle nie polemizuje z treścią przedłożonych wyjaśnień. W treści odwołania próżno szukać argumentacji dotyczącej kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach Przystępującego. Pomimo że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, zgodnie z art. 224 ust. 5 oraz art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie może pozostawać bierny w postępowaniu dowodowym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem spornym, a z jego istoty wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wskazywania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą określone skutki prawne. To oznacza, że wykonawca kwestionujący ofertę konkurencyjnego wykonawcy, w tym przypadku co do ceny, nie może poprzestać - jak wskazuje się w orzecznictwie KIO - na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przyjęta przez Przystępującego cena całkowita czy też cena jednostkowa za naprawę 1 przekładni w zakresie podstawowym

są zaniżone. Nie jest wiadome, na jakich wyliczeniach Odwołujący opiera swoje stanowisko co do poziomu zaproponowanych przez Przystępującego cen, a także jakie założenia zostały przyjęte przy ich kalkulacji. W związku z tym twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należało uznać za gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń dotyczących kosztów robocizny, materiałów, czy też transportu. Natomiast mimo że wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny w części zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, to ogólnie rzecz ujmując odnoszą się one do sposobu organizacji pracy przyjętego u tego wykonawcy. Z wyjaśnień tych wynika, że wszelkie niezbędne koszty były uwzględnione przez wykonawcę przy sporządzaniu oferty.

Przystępujący w wyjaśnieniach przedstawił wysokość kosztów w zakresie robocizny i liczby roboczogodzin. Ponadto, określił możliwości zaopatrzeniowe dla części zamiennych potrzebnych do wykonania zamówienia, poprzez załączenie

do wyjaśnień cennika oryginalnych części zamiennych od producenta przekładni. W wyjaśnieniach poinformował także, że uzyskał rabat na oryginalne części zamienne (z wyłączeniem łożysk), co potwierdził, załączając korespondencję elektroniczną między Przystępującym a producentem przekładni. Wyżej wymieniona korespondencja, jak również cennik części zamiennych zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dlatego też, jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący nie posiadał pełnej wiedzy na temat przesłanek, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że Przystępujący wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przystępujący zwrócił także uwagę na swoją przewagę na tle konkurencji, polegającą na bliskiej lokalizacji jego siedziby względem Zamawiającego, co ma wpływ na możliwości obniżenia kosztów i czasu transportu. Przystępujący wskazał też na zysk, który osiągnie na poziomie 10%.

Dlatego też Izba uznała, że powyższy zarzut należało oddalić.

Dalej, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 2 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tegoż wykonawcy, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący podnosił, że Przystępujący w Wykazie usług przedstawił naprawy niespełniające wymogu wysokości podłogi nad wózkami. Przekładnie wymienione pod numerem 1. Wykazu (ZF HSH L 8-175) mają, wg pisma GGT, pracować w tramwajach użytkowanych przez operatora Ruhrbahn GmbH, który to operator, zdaniem Odwołującego, nie użytkuje żadnych tramwajów posiadających 100% niskiej podłogi. Przekładnie wymienione pod numerem 2. Wykazu (Flender ASZA389 - remonty dla GVB Gera mbH i HEAG Holding AG Darmstadt) pracują w tramwajach, w których wysokość podłogi nad wózkiem wynosi, według Odwołującego, 585 mm - od główki szyny.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że podnoszony zarzut nie mógł zostać uwzględniony w szczególności z powodu niewykazania jego zasadności. Podkreślić należy, że Odwołujący nie przedłożył dowodu, który potwierdzałby zasadność jego twierdzeń tj. że Przystępujący postawionego warunku udziału nie spełnia. Zarzuty odwołującego opierały się jedynie na gołosłownych oświadczeniach. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja stanowi, zdaniem Izby, polemikę z dokumentami składanymi przez Przystępującego i uznanymi za prawidłowe przez Zamawiającego.

Odnosząc się w tym zakresie do ciężaru dowodowego Izba wskazuje, że niewątpliwym jest, ze wykonawca winien wykazać Zamawiającemu, że postawione warunki udziału w postępowaniu spełnia. Jednakże w sytuacji, kiedy przedstawione przez wykonawcę dokumenty dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zostaną uznane przez zamawiającego i następnie zakwestionowane przez innego wykonawcę, to na tego wykonawcę w myśl art. 516 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 534 i art. 535 ustawy Pzp oraz art. 6 KC przechodzi ciężar dowodowy wykazania zasadności podnoszonych zarzutów. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt XI Ga 692/17, jednoznacznie stwierdził, iż Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne - w tym wypadku niewątpliwie jest to Odwołujący.

Izba uznała, że wyłączne oświadczenie strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strona winna bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń. Odnosząc się do treści art. 6 KC, w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, statuującego ciężar udowodnienia faktu, podkreślić należy, że powyższe należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale także jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla

strony wynik postępowania odwoławczego (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 r. wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Izba stwierdza, że Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty nie przytoczył żadnych wiarygodnych argumentów uzasadniających swoje stanowisko i nie przedstawił dowodów na ich poparcie. Nadto wskazać należy, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Odwołujący podnosił również, że referencje dołączone do pisma z dnia 2 lutego 2023 r. zostały podpisane niezgodnie z reprezentacją GGT Gmeinder GetriebeTechnik GmbH.

Izba podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, nie zaś oświadczenie woli, a więc mogą być wystawione przez przedstawiciela zamawiającego, niekoniecznie będącego uprawnionym np. zgodnie z KRS do podpisywania dokumentów w imieniu podmiotu, który taką referencję wystawił. Przykładowo, w wyroku o sygn. akt KIO 695/14 Izba wskazała Podpisanie dokumentu referencji przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji AEROEKSPRESS Rosja – co nie zostało przy tym udowodnione przez Odwołującego – nie mogło w istocie spowodować odmowy uznania tego pisma, za dowód potwierdzający należyte wykonanie zamówienia. W tym zakresie należy bowiem odróżnić oświadczenia woli, dla których skuteczności konieczne jest zachowanie zasad reprezentacji, od oświadczeń wiedzy. Referencje natomiast to oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z

zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw (por. wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO). Kwestionowany przez Odwołującego dokument został podpisany przez prokurenta spółki. Izba nie miała podstaw do uznania, by osoba ta nie dysponowała dostateczną wiedzą dla potwierdzenia należytego wykonania przedmiotu umowy. Odwołujący bynajmniej nie przedstawił dowodów na wykazanie przedmiotowej okoliczności. Wobec powyższego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci odpisu z rejestru dla GGT Gmeinder GetriebeTechnik GmbH. Okoliczność ta nie jest między stronami sporna, a ponadto nie przesądza ona o nieuprawnionym wystawieniu referencji.

Odnosząc się zaś do zarzutu, że Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że

nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, należy wskazać, że nie potwierdził się on.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Należy wskazać, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może". Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp nie został przez Zamawiającego spełniony wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający zastrzegł w postępowaniu jedynie następującą fakultatywną przesłankę wykluczenia: art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.1.3), jak również w SWZ w Rozdziale 1 pkt 6.1.2. W treści dokumentów zamówienia próżno szukać wzmianki o przesłance wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że analizowane postępowanie zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 134 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje. Ponadto, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku zamówień których szacunkowa wartość

przekracza progi unijne określone w art. 3 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.12)), gdzie również winien zamieścić informację o przewidzianych fakultatywnych przesłankach wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Zamawiający nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełniania przez Przystępującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tej sytuacji okoliczność, czy Przestępujący złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu okazało się być pozbawione jakiejkolwiek doniosłości prawnej. Zatem, oświadczenie Przystępującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać.

Skoro Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert, to konsekwentnie nie może tego zrobić po upływie terminu składania ofert. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wskazywanego przez Odwołującego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest też przedstawienie uwag odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp. Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych

zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący ograniczył się do przywołania ww. przepisu jedynie w petitum odwołania.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: …….